Der Anspruch auf Ersatz fremden Schadens.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

bei der

Juristischen Fakultät der Philippsuniversität
in Marburg (Lahn)

vorgelegt von

Karl Rust,
Gerichtsreferendar in Dortmund.

Marburg 1928.

Buchdruckerei J. Baum, Wetter (Ruhr).

Als Dissertation von der Juristischen Fakultät angenommen am 30. April 1928.

Berichterstatter: o. ö. Univ.-Professor Dr. Fr. Leonhard, Geheimer Justizrat.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhaltsübersicht.

A. Einleitung: Die Fragestellung . . . . . S. 1
B. Geschichte der Frage.
I. Römisches Recht, gemeines Recht, A. L. R.
1. Römisches und gemeines Recht . . . . . S. 2
2. A. L. R. . . . . S. 12
II. Entstehungsgeschichte des B. G. B. . . . . S. 13
C. Geltendes Recht . . . . . S. 15
I. Die Interessenvertretung bei vertraglichem oder geschäftsähnlichem Verhältnis Schuldner — Gläubiger.
1. Aus der Geschichte läßt sich nichts für das Thema verwerten . . . S. 15
2. Die Frage kann nicht aus gesetzlichen Vorschriften, insbesondere dem B. G. B., beantwortet werden,
a) weder unmittelbar (gesetztes Recht, Gewohnheitsrecht), ... S. 18
b) noch mittelbar (Analogie) . . . . . S. 25
3. Es handelt sich vielmehr um eine Frage der ergänzenden Rechtsfindung S. 27
4. Ausscheidung der Fälle, in denen der Gläubiger ein eigenes Interesse an der Leistung des Dritten hat . . . . . S. 28
5. Aufzustellende Grundsätze . . . . . S. 31
6. Wer kann die Schadensersatzforderung geltend machen?
a) Der Gläubiger?
α) Kann er Leistung an sich verlangen? . . . . . S. 44
β) Oder an den Dritten? . . . . . S. 45
b) Der Dritte?
α) Nur nach Abtretung? . . . . . S. 47
β) Oder aus eigenem Recht? . . . . . S. 48
II. Interessenvertretung bei deliktischem Verhältnis Schuldner — Gläubiger . S. 49

Literaturverzeichnis.

Bekker, Die Aktionen des römischen Privatrechts, Bd. II 1873.

Brinz, Lehrbruch der Pandekten, Bd. II, 1. Abtlg. 2. Auflage. 1879.

Burchard, Das Recht der Spedition. 1894.

Burkhardt, Der Schadensersatzanspruch des Forderungsberechtigten bei Beschädigung des Gegenstandes der Leistung durch einen Dritten. Dissertation Tübingen 1901.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. II. 1902.

Crome, Die partiarischen Rechtsgeschäfte nach römischem und heutigem Reichsrecht. 1897.

Degenkolb, Der spezifische Inhalt des Schadensersatzes; im Archiv für zivilistische Praxis (Ziv. A.) Bd. 76, S. 1 ff.

Dernburg, Die Schuldverhältnisse nach dem Rechte des Deutschen Reichs und Preußens, 4. Aufl. von Engelmann. 1909.

Endemann, Lehrbruch des bürgerlichen Rechts, Bd. I (3. Aufl.) 1903, Bd. II 1905.

Endemann, Der Anspruch auf Schadenersatz und die Haftung für Schadenersatz des sogenannten mittelbar beteiligten Dritten. Vortrag gehalten am 12. 12. 1903 in der Juristischen Gesellschaft in Berlin, mitgeteilt im 45. Jahresberichte über die Wirksamkeit der Juristischen Gesellschaft zu Berlin, S. 46 ff.

Enneccerus, (— Kipp — Wolff). Lehrbruch des bürgerlichen Rechts. I. Bd. 1. Abtlg.: Einleitung, allgemeiner Teil, 25.—29. Aufl. 1926.
2. Abtlg.: 23.—27. Aufl. 1927.

H. A. Fischer, Der Schaden nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich; in den Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß, 11. Bd. 1903.

O. Chr. Fischer, Die Verletzung des Gläubigerrechts als unerlaubte Handlung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. 1905.

Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 17. Aufl. 1926.

Grünhut, Das Recht des Commissionshandels. 1879.

Hanseatische Gerichtszeitung, Hauptblatt: Handelsrechtliche Fälle. Beiblatt: Zivilrechtliche Fälle.

Hartmann, Die Obligation. Untersuchungen über ihren Zweck und Bau. 1875.

Hellwig, Die Verträge auf Leistung an Dritte. 1899.

Hellwig, Die Stellung des Arztes im bürgerlichen Rechtsleben.
Die zivilrechtliche Bedeutung der Geschlechtskrankheiten.
Ein Vortrag und ein Gutachten. 1905.

Klingmüller, Unechte Gesamtschuldverhältnisse; in Iherings Jahrbüchern für Dogmatik (Dogm. J.) Bd. 64, S. 31 ff.

Kohler, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. II, 1. Teil: Schuldrecht. 1906.

Kohler, Das Obligationsinteresse. Im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 12, S. 1 ff.

Kluckhohn, Zum Problem der Schadensliquidation aus fremdem Interesse; in Ziv. A. Bd. 111, S. 406 ff.

Krückmann, Schadensliquidation aus fremdem Interesse. In Dogm. J. Bd. 56, S. 245 ff.

Kunze, Die Haftung des Schuldners für den Schaden des Drittbeteiligten. 1909.

Meyer, Schadensersatz bei Verlust oder Beschädigung fremder Sachen, die ein Gast in ein Gasthaus eingebracht hat; in Seufferts Blättern für Rechtsanwendung, 67. Jahrg. S. 367 ff.

Moreau, Frh. von, Ueber Haftung wegen Eviktion der verkauften Pfandsache. Dissertation München 1878.

Motive zu dem Entwurfe (E I) eines B. G. B. 5 Bände 1888 (Mot.).

Müller-Erzbach, Die Grundsätze der mittelbaren Stellvertretung aus der Interessenlage entwickelt. 1905.

Mugdan u. Falkmann, Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts (OLG).

v. Olshausen's Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 11. Aufl. 1927.

Planck's Kommentar zum B. G. B. Bd. II (Schuldverhältnisse). 4. Aufl. 1925.

Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfes des B. G. B. 7 Bände 1897—1899 (Prot.).

Rabel, Die Haftpflicht des Arztes. Ein Gutachten. 1904.

Rauchenberger, Die Einwendung aus dem Rechte Dritter und gegen Dritte. Dissertation Jena 1904.

Das Recht. Rundschau für den deutschen Juristenstand.

Regelsberger, Ersatzpflicht aus Verträgen für den Schaden, den durch den Vertragsbruch ein Dritter erleidet; in Dogm. J. Bd. 41, S. 251 ff.

Rehbein, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen. 1903.

Reichsgericht, Entscheidungen in Zivilsachen (RG). Entscheidungen in Strafsachen (RG St).

Reichsgerichtsräte, Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar. 6. Aufl. 1928 (RGräte).

Reichsoberhandelsgericht, Entscheidungen 1870—1880 (ROHG).

Schloßmann, Die Lehre von der Stellvertretung, insbesondere bei obligatorischen Verträgen. II. Teil: Versuch einer wissenschaftlichen Grundlegung. 1902.

Seufferts Archiv für die Entscheidungen der obersten Gerichte in den Deutschen Staaten (Seuff. A).

Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. 3. Aufl. 1926.

Solmitz, Schadensforderungen des Kommissionärs auf Grund des Interesses des Kommittenten im neuen Recht. Hans. Ger. Z. Hauptbl. 1899, S. 289 ff.

Stammler, Die Einrede aus dem Rechte eines Dritten. In der Festgabe der juristischen Fakultät der Universität Halle-Wittenberg für Dernburg 1900, S. 89 ff.

Staub's Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 12. und 13. Auflage bearbeitet von Könige, Pinner, Bondi. 1927.

v. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetz. II. Band, 7.—8. Auflage 1912.
1. Teil von Kuhlenbeck und Kober.
2. Teil von Kober und Engelmann.

Thöl, Ausgewählte Entscheidungsgründe des Oberappellationsgerichts der 4 freien Städte Deutschlands. 1857.

Titze, Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichen Recht. 1900.

v. Tuhr, Eigenes und fremdes Interesse bei Schadensersatz aus Verträgen; in Grünhuts Zeitschrift Bd. 25, S. 529 ff.

v. Tuhr, Besprechung von Hellwig, Verträge; in der Kritischen Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (Kr. VJS.) Bd. 43, S. 582 ff.

v. Tuhr, Besprechung von H. A. Fischer, „Der Schaden nach dem B. G. B. für das Deutsche Reich." In Kr. VJS Bd. 47, S. 63 ff.

Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. II 1865.

Wolff, Die Konkursordnung mit Einführungsgesetz, Nebengesetzen und Ergänzungen. 2. Aufl. 1921.

Zimmermann, Ueber die Verbindlichkeit desjenigen, der mit einem Commissionär, ohne daß dabei des Commissionsverhältnisses Erwähnung geschah, contrahiert hat, zum Ersatze des aus seiner Vertragswidrigkeit dem Committenten erwachsenen Schadens. Im Neuen Archiv für Handelsrecht Bd. I, S. 48 ff.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41556026_0017

A. Einleitung: Die Fragestellung.

Im Rechtsleben geschieht es häufig, daß durch Verstoß des Schuldners gegen Vertragspflichten die Interessen eines Dritten, der außerhalb des Vertrages steht, verletzt werden. Regelmäßig ist das der Fall bei der mittelbaren Stellvertretung: Der Korkfabrikant A in Oldenburg bestellt bei B in Oporto einen Posten Korkholz mit dem Auftrage, es nach der Weser zu verladen. Da um diese Zeit keine Schiffsgelegenheit dorthin vorhanden ist, versendet B die Ware mit einem nach Hamburg gehenden Schiff und beauftragt den Schiffer, das Korkholz in Cuxhaven zu löschen, falls er dort einlaufe. Der Schiffer läuft wirklich in Cuxhaven ein, weigert aber die Auslieferung des Korkholzes aus unerheblichen Gründen, löscht vielmehr erst in Hamburg. Durch diesen Umweg kommt die Ware später in Oldenburg an, sodaß A den Fabrikbetrieb einige Tage stillsetzen muß und dadurch einen Verdienstausfall erleidet. [1]) Nur A ist hier geschädigt; B deshalb nicht, weil er den vollen Kaufpreis bekommt und dem A zu nichts mehr verpflichtet ist.

Dasselbe kann auch bei geschäftsähnlichen Handlungen eintreten: In Abwesenheit meines Nachbarn lasse ich dessen Haus, das dem Einsturz droht, durch einen Bauhandwerker stützen. Wenn der Handwerker mit seiner Leistung in Verzug kommt und das Haus infolgedessen einstürzt, ist mein Nachbar geschädigt. — Umgekehrt kann etwa der Fall so liegen, daß ich von meinem Nachbarn zur Herstellung des Hauses beauftragt bin. Ein Handwerker weiß um diesen Auftrag und führt die Arbeit aus. Die Ausführung gerade durch ihn stand aber erkennbar mit meinem wirklichen oder mutmaßlichen Willen in Widerspruch. Da die Arbeit schlecht ist, stürzt das Haus ein.

Endlich wird bei unerlaubten Handlungen oft ein Dritter, dessen

1) Aus einem Urteil des OAG Lübeck von 1855 in Seuff. A. 11 Nr. 36, Seite 47.

Rechte nicht unmittelbar verletzt sind, geschädigt: A verkauft dem B Waren, die dieser mit Gewinn weiter verkauft. Vor der Uebergabe, auf dem Transport zu dem nicht am Erfüllungsort wohnenden B, beschädigt C die Waren, ohne daß B dafür haftet. Hier ist zwar auch A durch Verletzung seines Eigentums geschädigt; in der Hauptsache aber B, da dieser den Kaufpreis entrichten muß und vor allem den Gewinn aus dem zweiten Verkauf verliert.

In allen diesen Fällen fragt es sich, ob der Gläubiger zur Grundlage einer Schadensersatzforderung gegen den schädigenden Schuldner das Interesse des Dritten machen kann oder sich auf den Nachweis seines eigenen Schadens beschränken muß. Vertritt man die erste Annahme, so entstehen die weiteren Fragen: Muß der Gläubiger Leistung des Schadenersatzes an sich oder kann er auch Leistung an den Dritten verlangen? Kann der Dritte selbst gegen den Schuldner erst nach Abtretung des Schadensersatzanspruchs des Gläubigers an ihn vorgehen, oder schon vorher aus eigenem Recht?

B. Geschichte.

I. Römisches Recht, gemeines Recht, A. L. R.

1. Römisches und gemeines Recht.

Bei der Lösung der obengenannten Fälle ist vorerst die Geschichte zu Rate zu ziehen. Denn das B. G. B. baut gerade bei der Interessenlehre auf der geschichtlichen Entwicklung auf. [1]) Aus dem römischen Recht interessiert für unsere Frage zunächst die Stelle l. 38 Dig. 21,2: „In creditore, qui pignus vendidit, tractari potest, an re evicta vel ad hoc teneatur ex emto, ut quam habet adversus debitorem actionem, eam praestet: habet autem contrariam pigneraticiam actionem. Et magis est ut praestet: cui enim non aequum videbitur vel hoc saltem consequi emptorem, quod sine dispendio creditoris futurum est."

Da hier der Pfandgläubiger dem Käufer nicht für Eviktion haftet (l. 10 Dig. 20,5; l. 11 § 16 Dig. 19,1) [2]) und sonst kein eignes Interesse hat, das etwa durch die Eviktion verletzt wäre, so

1) v. Thur Grünhut, 25, S. 535; Regelsberger S. 281/83.
2) Moreau S. 3.

ist eigentlich seine actio pigneraticia contraria gegen den Pfandschuldner ohne Inhalt. Wenn er sie also freiwillig an den Käufer abtritt, könnte dieser mit der actio auch nichts verlangen. So sagt die Glosse zu l. 38 cit.: „Mirabile est, quod dedit pigneraticiam contrariam actionem, cum ea cedenti sit inutilis." [1] Allein Ulpian scheint sogar als selbstverständlich vorauszusetzen, daß die actio beim Käufer auf dessen Interesse geht. Denn erörterungswert (tractari potest) erscheint ihm nur die Frage, ob der Pfandgläubiger zur Abtretung auch verpflichtet ist. Diese Frage wird bejaht. Durch Abtretung der actio an den Käufer war demnach dessen Interesse hinreichend geschützt. [2]

Die Stelle ist auch in der Praxis des gemeinen Rechts zur Grundlage einer Entscheidung gemacht worden. Es handelte sich darum, daß der Zessionar einer nicht bestehenden Forderung diese weiter abgetreten hatte und sich bei dem zweiten Zessionar der Rechtsmangel herausstellte. Nun haftete zwar der erste Zedent dem Mittelsmann, der aber nicht dem letzten Zessionar. Es wird entschieden, daß der Mittelsmann durch Abtretung seiner Gewährleistungsansprüche dem letzten Zessionar zur Verfolgung des durch den Rechtsmangel entstandenen Schadens verhelfen könne. Dabei wird ausdrücklich hervorgehoben, daß es nicht darauf ankomme, ob der aus dem Rechtsmangel entstandene Schaden schon bei dem Mittelsmann vorhanden war und ob dieser dem letzten Zessionar auf Ersatz dieses Schadens hafte. [3]

Daß diese Erscheinung nicht ungewöhnlich war, zeigt das beneficium cedendarum actionum. [4] Auch hier erlosch streng genommen der Anspruch gegen mehrere Mitschuldner oder -bürgen durch Zahlung eines von ihnen. Trotzdem bestand für den Gläubiger die Pflicht, ihn an den vollzahlenden Schuldner oder Bürgen abzutreten, der nun damit verhältnismäßigen Rückgriff gegen seine Mitschuldner oder -bürgen nehmen konnte. [5] Diese Erscheinung versuchten die Römer mit der emtio nominis zu erklären. [6] Allein der Gläubiger verlangt vom Schuldner nicht Abschluß eines Forderungskaufs aus der Bürgschafts-

1) Brinz S. 285, Anm. 38; Moreau S. 29.
2) Zustimmend H. A. Fischer S. 102; v. Tuhr, Grünhut 25, S. 561 f.
3) RG 39, S. 254, 255; ebenso Kohler, Arch. f. Bürg. Recht 12, S. 34 Anm. 34a.
4) vgl. ferner l. 8 § 5 Dig. 17,1; Schloßmann S. 283 ff.
5) vgl. v. Tuhr, Grünhut S. 564 f., Kr. V J S 47, S. 89 unter b.
6) l. 36 Dig. 46,1; l. 76 Dig. 46,3

übernahme oder fordert aus der angeblichen venditio nominis den Kaufpreis, sondern er will Zahlung der Schuld. Andererseits will der Bürge nicht den Kaufpreis für die erworbene Forderung zahlen, sondern seine Bürgschaftsschuld tilgen. [1])

Des weiteren kommt in Betracht l. 1 § 11 Dig. 16,3: (Ulpianus) „Si te rogavero, ut rem meam perferas ad Titium, ut is eam servet, qua actione tecum experiri possum, apud Pomponium quaeritur? Et putat: Tecum mandati, cum eo vero, qui eas res receperit, depositi. Si vero tuo nomine receperit, tu quidem mihi mandati teneris, ille tibi depositi: quam actionem mihi praestabis, mandati indicio conventus,"
und l. 16 Dig. 16,3: „Si is, apud quem rem deposueris, apud alium eam deponat et ille dolo quid admiserit, ob dolum eius, apud quem postea sit depositum, eatenus eum teneri apud quem tu deposueris, ut actiones suas tibi praestet." Wenn der zweite Verwahrer (Titius) hier die hinterlegte Sache durch seine Schuld nicht herausgeben kann, hat allein der Auftraggeber Schaden. Die actio depositi ist infolgedessen in der Hand des Beauftragten inhaltslos. Und doch geht sie anscheinend nach Abtretung an den Auftraggeber auf dessen volles Interesse, [2]) sonst hätte die Abtretung und die Untersuchung über die Verpflichtung dazu nicht den geringsten Sinn. Allerdings kann man die Stelle auch so erklären, daß der Beauftragte dem Auftraggeber auf dessen Interesse haftet, aber nur insoweit, als er selbst von dem Verwahrer Ersatz bekommt, und daß er sich von dieser Haftung durch Abtretung der actio depositi befreien kann. Dann fällt allerdings das Interesse des Auftraggebers mit dem des Beauftragten zusammen und ist dadurch ganz gedeckt. Diese Ansicht wurde für das gemeine Recht vertreten [3]) unter Berufung auf l. 8 § 10 Dig. 17, 1. In dieser Stelle wird nämlich auch eine derartige befreiende Abtretung erwähnt: „. . . . . puto sufficere, si mihi hac actione cedas, ... nec amplius praestes quam consecuturus sis". Immerhin setzt überhaupt eine Haftung des Beauftragten nach den Grundsätzen des römischen Rechts mindestens culpa oder Garantieübernahme [4]) voraus (vergl. l. 10 § 1

1) Hartmann S. 48 f.
2) Zimmermann S. 70.
3) OAG Lübeck in Seuff. Arch. 11, S. 48—49; Zimmermann S. 73.
4) OAG Lübeck in Seuff. Arch. 33, S. 27; Zimmermann S. 71.

Dig. 17,1; l. 23 pr. Dig. 17,2), von denen hier beides nicht vorliegt. Das Verschulden wurde also wohl nur angenommen, um eine Haftung des Beauftragten eintreten zu lassen, wodurch das Interesse des Auftraggebers zum Inhalt des Anspruchs wurde [1]) und überhaupt die Stellvertretung lebensfähig gemacht wurde [2]). Denn sonst wäre der Auftraggeber nach dem Satz „per liberam personam nihil nobis acquiri potest" [3]) stets leer ausgegangen. Daß eine wirkliche Haftung des Beauftragten ohne Verschulden nicht vorlag, zeigt eben die Beschränkung seiner „Haftung" auf das, was er vom Schuldner erlangen konnte, während er sonst eben das volle Interesse des Auftraggebers hätte ersetzen müssen ohne Rücksicht darauf, ob er sich am Schuldner schadlos halten konnte. Auch die Abtretung des Anspruchs an den Auftraggeber konnte bei wirklicher Haftung nicht befreiend wirken, sondern höchstens erfüllungshalber erfolgen: Dem Auftraggeber kann es nicht gleichgültig sein, ob statt des Beauftragten ein Dritter infolge der Abtretung haftet, bei dem möglicherweise nichts zu holen ist. Daß auch die Römer diese Unterscheidung machten, zeigt l. 20 § 3 Dig. 3,5: „Mandatu tuo negotia mea Lucius Titius gessit: quod is non recte gessit, tu mihi actione negotiorum gestorum teneris, non in hoc tantum, ut actiones tuas praestes, sed etiam quod imprudenter eum elegeris, ut quidquid detrimenti negligentia eius fecit, tu mihi praestes."

Ohne weiteres geht die Haftung des Beauftragten auf Abtretung des Klagerechts gegen Titius. Außerdem haftet er für allen Schaden, der dem Geschäftsherrn durch Verschulden des Titius entstanden ist, aber nur, falls ihn selbst ein Verschulden bei dessen Auswahl treffen sollte (Konjunktiv elegeris). Wenn also dieses Verschulden nicht vorliegt, kann sich der Geschäftsherr allein an Titius halten, hat infolgedessen eine geringere Sicherheit. Der Weg dazu ist die Abtretung des Klagerechts, zu der der Beauftragte ihm verpflichtet ist. Daß der Beauftragte einfach für entschädigungspflichtig erklärt wird, mag willkürlich sein, [4]) hat aber doch den guten Sinn, dessen Anspruch

1) So Moreau S. 31; a. M. Zimmermann S. 71 f.
2) ähnlich Schloßmann S. 279—80
3) dazu Schloßmann S. 188 ff.
4) Brinz S. 285 Anm. 38.

einen Inhalt zu geben, der den Schaden des Auftraggebers deckt. Diese eigentlich nur gedachte Belastung schadet auch dem Beauftragten nicht (l. 38 cit.: „. . . . . quod sine dispendio creditoris futurum est".), da er ja durch die Abtretung des Anspruchs befreit wird, und beschwert dessen Schuldner nicht unbillig. [1]) Jedenfalls kann man die Frage, ob der abzutretende Anspruch überhaupt Inhalt habe, nicht damit abtun, daß man „zuerst nach der Klage und dann nach dem Interesse fragt". [2]) Daß allerdings überhaupt eine Klage z. B. des Hinterlegers seiner fremden Sache auf Rückgabe ohne Rücksicht auf dessen Interesse möglich ist, erscheint selbstverständlich. Wohl in diesem Sinne heißt es in l. 3 § 1 Dig. 45,1: „. . . . . hic non quaerimus cuius intersit". Wohl aber tritt die Frage nach dem Interesse in den Vordergrund, wenn es sich nicht um Erfüllung von Vertragspflichten, sondern um Schadensersatzansprüche handelt: Hier muß derjenige, der sie geltend macht, regelmäßig nachweisen, daß er als Vertragsteil Schaden erlitten hat. [3]) Man muß also annehmen, daß der Zessionar mit der abgetretenen Forderung sein eigenes Interesse geltend machen konnte, da der Zedent hierauf haftete, wenn auch nur theoretisch. Gegen diese Annahme sprechen auch nicht die beiden Stellen l. 14 Dig. 2,11 und l. 81 § 1 Dig. 45,1. Hier kann der dominus mit dem vom Prokurator abgetretenen Anspruch aus der stipulatio sisti sein eignes Interesse geltend machen. Aber der Grund dafür liegt offenbar in der Tatsache, daß der Prokurator bei Eingehung der stipulatio das erkennbare Interesse des Herrn zu Grunde legt, dieses also von vornherein zum Gegenstand der stipulatio wurde. [4]) Darauf deuten auch die Wendungen hin: „ . . . . . potest defendi non suam, sed eius, cuius negotium gessit, utilitatem in ea re deduxisse . . . . . " (l. 81 § 1 cit.) und „ . . . . . ut hanc conceptionem verborum non ad ipsius, sed ad domini utilitatem relatam interpretemur" (l. 14 cit.). Es handelt sich also darum, ob man das Interesse des Herrn durch Vertragsauslegung in dem Anspruch finden kann.

1) ähnlich Schloßmann S. 285.
2) Brinz S. 286.
3) vgl. Zimmermann S. 66—67; Regelsberger S. 251—253; v. Tuhr, Grünhut S. 533.
4) Hellwig S. 88—89.

Diese Frage hat mit der Untersuchung nichts zu tun, ob der Schuldner auf das Interesse des Zessionars haftet, wenn dies nicht durch Parteivereinbarung zum Inhalt des Vertrages werden konnte wie bei der Hinterlegung einer fremden Sache. Die beiden Stellen sprechen also weder für [1]) noch gegen [2]) die oben entwickelte Ansicht [3])

Des weiteren ist zu untersuchen die berühmte l. 8 § 3 Dig. 17,1: (Ulpianus) „Si quis mandaverit alicui gerenda negotia eius, qui ipse sibi mandaverat, habebit mandati actionem, quia et ipse tenetur (tenetur autem, quia agere potest): quamquam enim vulgo dicatur procuratorem ante litem contestatam facere procuratorem non posse, tamen mandati actio est: ad agendum enim dumtaxat hoc facere non potest". Würde man den Satz „habebit . . . . . potest" wörtlich auslegen, so müßte man Ulpian einen Kreisschluß vorwerfen. [4]) Das ist gegenüber Ulpian sicher nicht angebracht [5]) und es wäre mindestens auffällig, daß er diesen Fehler auch in l. 14 pr. Dig. 17,1 machte:

„Heredem fideiussoris, si solverit, habere mandati actionem dubium non est. Sed si vendiderit hereditatem et emptor solverit, an habeat mandati actionem, quaeritur. Et Julianus libro tertio decimo scribit idcirco heredem habere mandati actionem, quia tenetur iudicio ex empto, ut praestet actiones suas; idcircoque competere ex empto actionem, quia potest praestare".

Auch diese Stelle wäre wörtlich übersetzt ein Unding: Der Erbe hat die Auftragsklage, weil er aus dem Kauf auf deren Abtretung belangt wird; er kann aus dem Kauf belangt werden, weil er die Klage (hat und demgemäß) abtreten kann. Man kann aber l. 8 § 3 cit. auch nicht damit erklären, daß man zu einem unpassenden Vergleich seine Zuflucht nimmt und behauptet, es gebe Tatsachen, die sich gegenseitig Ursache und Wirkung zugleich seien. Etwa so: Ein Vergnügungsort bewirke, daß die dorthin fahrende Straßenbahn stets

1) Schloßmann S. 279 Anm. 1; Windscheid § 258 Anm. 19; Zimmermann S. 76. im Gegensatz zu S. 62. ff.
2) Brinz S. 286 Anm. 39.
3) vgl. Crome, Part. R. S. 301 Anm. 8; v. Tuhr, Grünhut 25, S. 551 Anm. 52.
4) So Fischer S. 92; Kunze S. 25; Schloßmann S. 283, 639.
5) Regelsberger S. 276; Krückmann S. 272 Anm. 1, 319; vgl. Crome S. 304.

besetzt sei, die besetzte Straßenbahn habe einen starken Besuch des Vergnügungsorts zur Folge. [1]) Daß für dieses Beispiel die Behauptung zutrifft, beweist noch nicht, daß es in einem juristisch nicht ganz einfachen Fall ebenso ist. Wie weit die Ansicht richtig ist, in l. 8 cit. werde der Fall behandelt, daß der Beauftragte ohne Befugnis seinen Auftrag weitergibt [2]), läßt sich schwer entscheiden. Dafür spricht eigentlich nichts, dagegen vor allem der Nachsatz „tenetur autem, quia agere potest", während doch sonst als Grund die culpa des Beauftragten angegeben wäre, die darin bestände, daß er unbefugt den Auftrag weitergegeben hat. [3]) Man könnte allerdings sagen: Der Beauftragte hat deswegen die mandati actio, weil bei ihm ein bedingtes Haftungsinteresse vorliegt: Er haftet zunächst für die unterbliebene Geschäftsbesorgung. Von dieser Haftung kann er sich nur befreien, wenn er nachweist, daß er zur Weitergabe des Auftrags befugt war. Ob ihm dieser Nachweis gelingt, ist zweifelhaft. Jedenfalls besteht zunächst diese Haftung, die möglicherweise zu einer Minderung seines Vermögens führt. Diese Möglichkeit genügt, um bei ihm ein Haftungsinteresse anzunehmen und ihm infolgedessen einen Schadenersatzanspruch zu geben. [4]) Für diese Annahme spricht die Stelle l. 28 Dig. 3,5 (Javolenus) [5]) „Si quis mandatu Titii negotia Seii gessit, Titio mandati tenetur lisque aestimari debet, quanto Seii et Titii interest: Titii autem interest, quantum is Seio praestare debet, cui vel mandati vel negotiorum gestorum nomine obligatus est. Titio autem actio competit cum eo, cui mandavit aliena negotia gerenda, et antequam ipse quicquam domino praestet, quia id ei abesse videtur, in quo obligatus est". Titius hat also die Schadenersatzklage gegen seinen Schuldner, bevor er selbst irgend etwas an Sejus geleistet hat und zwar lediglich deshalb, weil die Leistung, die er an Sejus abzuführen hat, ausgeblieben ist. Deshalb haftet er dem Sejus möglicherweise (praestet Konjuktiv). Ob

1) Brinz S. 285 Anm. 38.
2) Crome, Part. R. S. 303—304; Brinz S. 285 Anm. 38.
3) So Regelsberger S. 276.
4) v. Tuhr, Grünhut S. 551, 538, 543—44; ähnlich Zimmermann S. 71 ff.; Regelsberger S. 276 ff.
5) Hellwig, Verträge S. 85 Anm. 172.

das der Fall ist, steht jetzt noch nicht fest, die Haftung wird nur eintreten bei eigenem Verschulden des Titius. Das ist aber für den Schuldner gleichgültig, er haftet dem Titius auch jetzt schon. Man könnte geneigt sein, die Stelle so auszulegen, daß der Schaden nach dem Interesse des Titius und außerdem des Sejus bemessen werden soll. Dann wäre für das römische Recht die Frage klar bejaht, ob der Beauftragte das Interesse seines Auftraggebers bei mangelndem eigenem fordern dürfe. Aber der Grund dafür wäre dann, wenigstens aus dieser Stelle, nicht ersichtlich. Die erste Annahme dürfte deshalb richtiger sein. Dann soll mit den Worten „quanto Seii et Titii interest" eben ausgedrückt werden, daß das Interesse des Sejus mittelbar auch das des Titius ist, weil der möglicherweise in diesem Umfang haftet; beider Interessen decken sich also. [1]) Denkbar ist auch die Annahme, man könne unter „mandati actionem" in l. 8 § 3 Dig. 17,1 die actio contraria verstehen, die dem Beauftragten gegen den Geschäftsherrn zustehe. [2]) Der Grund dafür wäre dann auch hier wieder die „Haftung" des Mandatars gegenüber dem dominus (quia et ipse tenetur).

M. E. versteht man indes richtiger unter „mandati actio" den Schadenersatzanspruch wegen schuldhafter Nichterfüllung, unter „agere posse" dagegen die rein prozessuale Befugnis, den letzten Beauftragten vor Gericht zu ziehen. Diese beiden Rechte, die gewöhnlich in einer Hand vereinigt sind, fallen gerade hier auseinander: der Auftraggeber hat den Schaden durch die Nichterfüllung, damit ist der Tatbestand des Schadenersatzanspruchs gegeben und deshalb die Möglichkeit, in dem Verfahren in iudicio eine Verurteilung des zweiten Beauftragten zu erlangen. Die actio dagegen, das Recht, im Verfahren in iure vom Prätor die formula und damit die Einleitung des Verfahrens in iudicio zu verlangen, steht nur dem ersten Beauftragten zu. Das Bestreben, beides in einer Person zu vereinigen und zwar in der Person, welcher der Schadenersatz letzten Endes zugute kommt, führt dazu, den ersten Beauftragten zur Abtretung seiner actio zu verpflichten. Die actio allein ist es ja, die er aus der Auftragserteilung erlangt hat. Sie bildet deshalb zugleich die Grenze

1) vgl. dazu Zimmermann S. 77—78; v. Tuhr, Grünhut S. 551, 538, 543—44
2) Zimmermann S. 74 ff.

seiner „Haftung". [1] Es liegt hier ein ähnlicher Tatbestand vor, wie er sonst (vgl. l. 5 Dig. 46,5) zur Gewährung einer actio utilis geführt hätte; Ulpian versucht eben auf diese Weise zu demselben Ziel zu gelangen.

In Fällen, wo eine Abtretung oder die Verpflichtung dazu nicht denkbar ist, wird denn auch eine actio utilis gewährt: „Si res tuas commodavit aut deposuit is, cuius precibus meministi, adversus tenentem ad exhibendum vel vindicatione uti potes. Quod si pactus sit, ut tibi restituantur, si quidem ei qui deposuit successisti, iure hereditario depositi actione uti non prohiberis: si vero nec civili nec honorario iure ad te hereditas eius pertinet, intellegis nullam te ex eius pacto contra quem supplicas actionem stricto iure habere: utilis autem tibi propter aequitatis rationem dabitur depositi actio" (c. 8 C. 3,42). Danach steht die Eigentumsklage gegen den Entleiher oder Verwahrer dem Eigentümer jederzeit zu. Die Klage aus dem Leih- oder Hinterlegungsvertrag ist aber streng genommen nur möglich, wenn der Eigentümer in die Rechtsstellung des Verleihers oder Hinterlegers (durch Erbgang) eintritt. Ist das nicht der Fall, so hat er mit Rücksicht auf die Billigkeit eine actio utilis. Daß diese nicht auf Herausgabe ging, sondern auf irgend ein anderes Recht aus dem Vertrage, ergibt sich daraus, daß der Eigentümer die Herausgabeklage ja ohne weiteres anstellen kann (Satz 1). Hier wird nur die Zulässigkeit der „depositi actio" untersucht, die also etwas anderes sein muß; als nächstliegendes und wichtigstes eben eine Schadensersatzklage wegen Nichterfüllung.

Die Praxis des gemeinen Rechts gewährte ebenfalls dem wirklich Geschädigten eine actio utilis. Das zeigt folgender Rechtsfall: A in Braunschweig hatte an B in Köln 4 Ballen Garn verkauft und zu versenden. Er übergab sie dem Spediteur C mit der Weisung, die Versendung durch D besorgen zu lassen. C beauftragte trotzdem den E mit der Beförderung, der das Garn unterschlug. Hier wird dem A das Recht gegeben, die aus dem Vertrage mit C entspringenden Rechte durch Klage geltend zu machen, aber nur dann, wenn er nachweist, daß B ihm die Verfolgung der Ansprüche über-

1) Zimmermann S. 75.

tragen habe. Als Grund für dieſen Nachweis wird angegeben, B habe eine actio utilis gegen C, da er die Abtretung der Anſprüche von A verlangen könne. Gegen dieſe actio utilis und damit gegen eine zweimalige Verurteilung ſei C nur geſchützt, wenn A den genannten Nachweis erbringe. Daß gegen C überhaupt Anſprüche vorhanden ſind, wird als ſelbſtverſtändlich vorausgeſetzt. Unterſucht wird nur die Frage, wer berufen ſei, ſie geltend zu machen. [1])

Die beiden Stellen l. 8 § 3 und l. 14 pr. Dig. 17,1 ſind wieder ein Beweis für die im römiſchen Recht allgemein geltende Trennung von actio und Anſpruch. [2]) Aus dieſer Trennung ergeben ſich verſchiedene Möglichkeiten: Es gibt Anſprüche, die mit mehreren Aktionen geltend gemacht werden können, es gibt mehrere Aktionen für einen Anſpruch, es iſt das Beſtehen einer actio denkbar ohne einen dazugehörigen Anſpruch (Prozeßvollmacht; im geltenden Recht Inkaſſozeſſion, Inkaſſoindoſſament) und endlich gibt es, wie in unſerem Fall, Anſprüche, für die keine actio gegeben iſt. [3]) Für die letzteren könnte man als Vergleich zum heutigen Recht die klagloſen Anſprüche heranziehen (Spiel, Wette, Differenzgeſchäft, Ehemäklerlohn).

Des weiteren gehören hierher l. 21 § 1 Dig. 15,1: „Si dolo tutoris vel curatoris furiosi vel procuratoris factum sit, an pupillus vel furiosus vel dominus de peculio conveniatur, videndum. et puto, si solvendo tutor sit, praestare pupillum ex dolo eius, maxime si quid ad eum pervenit, et ita Pomponius libro octavo epistularum scribit. idem et in curatore et procuratore erit dicendum“ und l. 3 § 1 Dig. 14,4: „Si servus pupilli vel furiosi sciente tutore vel curatore in merce peculiari negotietur, dolum quidem tutoris vel curatoris nocere pupillo vel furioso non debere puto, nec tamen lucrosum esse debere, et ideo hactenus eum ex dolo tutoris tributoria teneri, si quid ad eum pervenerit: idem et in furioso puto. quamvis Pomponius libro octavo epistularum, si solvendo tutor sit,

1) Aus einem Erkenntnis des OAG. Wolffenbüttel vom 24. 1. 1837, Seuff. A. 14, Nr. 23.
2) Bekker S. 8 ff.; v. Tuhr, Grünhut 25, S. 559 ff.; H. A. Fiſcher S. 101; Burkhardt S. 45.
3) Bekker S. 13, 17, 252 ff.; vgl. v. Tuhr, Grünhut S. 560 Anm. 67.

ex dolo eius pupillum teneri scripsit: et sane hactenus tenebitur, ut actionem, quam contra tutorem habeat, praestet".
Nach älterem Recht hatte also ein Verschulden des curator oder tutor offenbar keinen Einfluß auf die Haftung des Mündels. Pomponius und Ulpian nehmen diese an, um das Mündel zu einer Abtretung der ihm zustehenden actio tutelae an den Geschädigten zu verpflichten, obwohl diese actio eigentlich nur zur Geltendmachung von Ansprüchen des Mündels dient. Jedenfalls ist dadurch ohne Härten der Zweck erreicht, nämlich dem Geschädigten dem Vormund gegenüber vollen Schadenersatz zu verschaffen, der mit der actio legis Aquiliae sehr oft nicht erlangt werden kann. [1]) Auch hier beschwert die „Haftung" gegenüber dem Geschädigten das Mündel nicht, da sie nur soweit geht, als es die actio tutelae abtreten muß und außerdem der Vormund zahlungsfähig ist.

In allen besprochenen Fällen handelte es sich offenbar nur darum, eine durch den Formalismus entstandene Unebenheit durch Billigkeitserwägungen auszugleichen. Zu diesem Zweck wurde eine Konstruktion erdacht, die wohl nicht so sehr eine logische Ableitung aus allgemeinen Grundsätzen sein, als vielmehr das juristische Gewissen der erkennenden iudices beruhigen sollte. [2])

2. Allgemeines Landrecht.

Aus der geschichtlichen Entwicklung ist noch I. 13 § 40 des A. L. R. beachtenswert: „Uebrigens finden alsdann (nämlich wenn der „Machtgeber" die Wahl eines Substituten ausdrücklich gestattet und den Substituenten kein Verschulden bei der Auswahl trifft) zwischen dem Machtgeber und Substituten eben die Rechte und Pflichten statt, wie zwischen dem ersteren und dem unmittelbaren Bevollmächtigten". Das gilt sowohl, wenn der Mittelsmann im Namen des Auftraggebers, als auch dann, wenn er in eigenem Namen den Auftrag weitergibt. Es liegt nicht etwa eine Geschäftsführung ohne Auftrag vor, da der Schuldner nicht ein Geschäft des Dritten besorgen, sondern den Auftrag seines Gläubigers ausführen will. Trotzdem entstehen ausnahmsweise zwischen dem Dritten und dem Schuldner unmittelbare Rechtsbeziehungen.

1) zustimmend v. Tuhr, Grünhut S. 563—64.
2) Schloßmann S. 287 ff.

Diese Regelung ist offenbar auch nur getroffen, um dem wirklich Geschädigten Ersatz zu verschaffen. Das Entstehen einer derartigen unmittelbaren Beziehung ist natürlich nach geltendem Recht ausgeschlossen, wenn der Mittelsmann in eigenem Namen auftritt, also gerade in den für unser Problem wichtigen Fällen.[1]) Der in I 13 § 40 A. L. R. festgelegte Gedanke hat sich nicht ins B. G. B. hinübergerettet.

II. Entstehungsgeschichte des B. G. B.

Aus der Vorgeschichte des B. G. B. sind die Anträge von Bedeutung, die bei den Verhandlungen der II. Kommission gestellt wurden, um unsere Frage auf dem Wege der Gesetzgebung zu lösen. Es wurde zunächst beantragt, als § 221 a einzusetzen: „Ist durch den die Ersatzpflicht begründenden Umstand einem Dritten ein Schaden entstanden, wegen dessen der Dritte von dem Ersatzberechtigten Abtretung des Ersatzanspruches zu verlangen berechtigt ist, so erstreckt sich die Ersatzpflicht auf den dem Dritten entstandenen Schaden."

Weiterhin sollte folgende, enger gefaßte Bestimmung ins B. G. B. aufgenommen werden: „Hat jemand im eigenen Namen für Rechnung eines anderen einen Vertrag mit einem Dritten geschlossen, so ist im Falle der Nichterfüllung von dem Dritten der Schaden zu ersetzen, welchen derjenige erlitten hat, für dessen Rechnung der Vertrag geschlossen wurde",
evtl. mit dem Zusatz: „Die Vorschrift des ersten Absatzes findet entsprechende Anwendung, wenn durch eine zum Schadensersatze verpflichtende Handlung Gegenstände beschädigt sind, welche der Beschädigte einem anderen herauszugeben verpflichtet ist." [2])

Zur Begründung wurde darauf hingewiesen, daß der beim Dritten entstandene Schaden zugleich der Schaden des Geschäftsmittlers sei, der dem Dritten mindestens mit der Abtretung des Anspruchs gegen den Schuldner hafte. Als Belegstelle wurde ausdrücklich die l. 8 § 3 Dig. 17,1 Ulpians herangezogen.

Der § 589 (jetzt § 664 Abs. 1 B. G. B.) sollte durch folgende Bestimmung ergänzt werden: „Ist dem Beauftragten eine solche

1) A. M. Müller-Erzbach S. 9, 16—21; gegen ihn Krückmann S. 324; ebenso R G räte, Bem. 3 zu § 664.
2) Prot. I S. 298.

(auf Ausführung des Auftrages gerichtete) Uebertragung gestattet, so wird er, wenn ihm in Bezug auf dieselbe ein Verschulden nicht zur Last fällt, von Verantwortlichkeit für Zuwiderhandlungen des Dritten dadurch frei, daß er dem Auftraggeber seinen Ersatzanspruch gegen den Dritten überträgt." [1])

Zwei andere Anträge wurden nicht beraten. [2]) In allen Fällen versuchte man, unter Anlehnung an die bisherige Praxis [3]) eine Haftung des Mittelsmannes zu konstruieren, indem man den Ersatz des Drittinteresses als eigenes Interesse des Gläubigers hinstellte. [4]) Von dieser Haftung sollte sich der Mittelsmann durch Abtretung des Anspruches gegen den Schuldner befreien können. Sämtliche Anträge wurden von der II. Kommission aus verschiedenen Gründen abgelehnt. Vor allem wurde hervorgehoben, es sei nicht immer billig, den Schuldner für das Drittinteresse haften zu lassen. [5]) Zudem sei eine befriedigende Lösung des Problems wohl schwer auf gesetzgeberische Wege zu finden. Der wissenschaftlichen Entwicklung dürfe in dieser Richtung nicht vorgegriffen werden. Jedenfalls könne man die in Betracht kommenden Fälle ruhig der Praxis zur Entscheidung überlassen, die schon, wieder bisher, das Richtige finden werde.

Für das geltende Recht steht also fest, daß die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen der Schaden eines Dritten zu ersetzen sei, keineswegs verneint werden kann. [6]) Denn wenn die II. Kommission die gestellten Anträge ablehnte, so ist daraus nur zu schließen, daß sie gesetzgeberisch die Frage nicht lösen wollte. Einer wissenschaftlichen Lösung durch Auslegung des geltenden Rechts oder durch Rechtsfindung steht deshalb nichts im Wege.

Für eine durch Delikt entstandene Rechtsbeziehung zwischen Schuldner und Mittelsmann ist ein Antrag interessant, folgende Bestimmung als Absatz 2 zu § 704 des Entwurfes zu fassen: „Wird durch die (unerlaubte) Handlung zugleich einem Dritten Schaden zugefügt, so ist der Beschädigende dem Dritten nur zum Ersatze desjenigen Schadens verpflichtet, dessen Entstehung er vorausgesehen hat oder voraussehen mußte". [7])

1) Prot. II S. 354
2) Prot. II S. 360 ff., Anm. 1.
3) OAG. Lübeck, Zimmermann; oben S. 4,8.
4) Prot. I S. 299, II S. 356.
5) Prot. I S. 299/300.
6) Zustimmend Burkhardt S. 35.
7) Prot. II S. 567.

Auch dieser Antrag wurde von der Kommission mit folgender Begründung abgelehnt: Einmal gebe die Unterscheidung mittelbarer — unmittelbarer Schaden zu Zweifeln Anlaß. Sodann sei es ungerecht, den „Umfang der Pflicht des Beschädigers durch Einwirkung zufälliger Momente zu erweitern". [1]) Zwischen der beschädigenden Handlung und deren Folgen bestehe in diesem Falle kein Kausalzusammenhang. Als Beispiel wird angeführt: Eine Versicherungsgesellschaft könne von jemandem, der den Versicherungsnehmer in Kenntnis von der Versicherung getötet habe, nicht den ihr hierdurch entstandenen Schaden ersetzt verlangen. Der Antrag wurde also nicht deshalb abgelehnt, weil die Vorausseh barkeit des bei dem Dritten entstandenen Schadens unerheblich sei, sondern weil überhaupt der Kausalzusammenhang fehle. Aus dieser Stellungnahme der Kommission ergeben sich Schlußfolgerungen, die weiter unten zu erörtern sind.

C. Geltendes Recht.

I. Die Interessenvertretung bei vertraglichem oder geschäftsähnlichem Verhältnis Schuldner — Gläubiger.

Wie in der Einleitung gezeigt, kann das Rechtsverhältnis zwischen dem Geschäftsmittler und dem Schuldner auf einem Rechtsgeschäft (Vertrag, Geschäftsführung ohne Auftrag) oder lediglich auf Gesetz (z. B. auf unerlaubter Handlung) beruhen. Ebenso kann das Verhältnis Mittelsmann — Dritter aus Rechtsgeschäft entspringen oder nur aus dem Gesetz. Letzteres z. B. dann, wenn der gutgläubige Besitzer eine Sache vermietet, in Verwahrung gibt, der Mieter sie schuldhaft zerstört und sich jetzt herausstellt, daß sie einem Dritten gehört. [2]) Zunächst sollen die Fälle untersucht werden, in denen der Mittelsmann zum Schuldner in rechtsgeschäftlichen Beziehungen steht. Zur einheitlichen Bezeichnung wird der wirklich Geschädigte Dritter (D), der Mittelsmann Gläubiger (G) und der Schädiger Schuldner (S) genannt werden.

1. Aus der Geschichte läßt sich nichts für das Thema verwerten.

In der Literatur hat man versucht, für die Lösung unserer Aufgabe die Ergebnisse der geschichtlichen Entwicklung zu verwenden. Vor allem

1) Prot. II S. 571
2) H. A. Fischer S. 81.

wollte man aus dem römischen beneficium cedendarum actionum und der l. 38 Dig. 21,2 den Schluß ziehen, daß auch nach B. G. B. eine „inhaltslose Forderung" mit der Wirkung abgetreten werden könne, daß sie beim neuen Gläubiger Inhalt bekomme. Ein Schriftsteller weist auf die Bürgschaft und Gesamtschuld hin. [1]) Wenn der Bürge oder ein Gesamtschuldner den Gläubiger befriedige, so müsse eigentlich die Hauptforderung untergehen. Statt dessen gehe sie auf den Befriedigenden über. Zwischen gesetzlichem Uebergang und der Verpflichtung zur Uebertragung bestehe kein großer Unterschied, beide Fälle seien deshalb gleich zu behandeln. [2]) Wichtig sei das für den Tatbestand des § 281 B. G. B.: D verleiht ein Buch an G mit dem Bemerken, er dürfe es nur an S weiterverleihen. S zerstört es unter Verletzung bestimmter Pflichten aus dem Vertrage mit G, ohne daß ihm ein sonstiges (deliktisches) Verschulden zur Last fällt. Wenn D sich hier die Ersatzforderung des G aus dem Vertrage nach § 281 abtreten lasse, bekomme er eine actio inanis, da G keinen Schaden erlitten habe. Nur dann habe der abzutretende Anspruch einen Inhalt, wenn G die Unmöglichkeit der Herausgabe zu vertreten habe. Diese Unterscheidung zwischen vertretbarer und nicht vertretbarer Unmöglichkeit sei nicht gerechtfertigt, da § 281 sich auf beide Arten der Unmöglichkeit beziehe. [3]) § 281 setze eben stillschweigend voraus, daß die abzutretenden Ansprüche nicht inhaltslos sein könnten. [4]) Ebenso sei es in § 255: Wenn S dem D eine Sache stehle, für die G eine Aufsichtspflicht übernommen und schuldhaft verletzt habe, so liege unechte Gesamtschuld vor. Habe G den D befriedigt, so könne er sich den Anspruch des D gegen S nicht abtreten lassen, da dieser untergegangen sei. Dies Ergebnis sei unbefriedigend.

Diesen Ausführungen ist einmal entgegenzuhalten, daß es eine Abtretung inhaltsloser Ansprüche nach B. G. B. nicht gibt. Wir haben keine actio mehr, sondern nur einen Anspruch (§ 194 B. G. B.) [5]).

1) H. A. Fischer S. 103, 104; gegen ihn v. Tuhr, Grünhut 25 S. 561—62, 565—66.
2) H. A. Fischer S. 105.
3) H. A. Fischer S. 106—07.
4) H. A. Fischer S. 111; ähnlich v. Tuhr, Kr. V J S 47, S. 92—93; O. E. Fischer S. 145; Burkhardt S. 42, 46—48.
5) v. Tuhr Kr. V J S. 47, S. 89.

Eine Analogie mit den Fällen der Bürgschaft, Gesamtschuld usw. ist auch deshalb nicht möglich, weil hier zunächst eine Forderung bestanden hat, die nur nicht untergeht, sondern kraft Gesetzes auf den Befriedigenden übergeht. In unseren Fällen hat aber von vornherein kein Anspruch bestanden, es kann also auch nichts abgetreten werden. [1]) Dasselbe gilt für § 281 B. G. B.: Der Dritte kann nur dann Abtretung eines Ersatzanspruchs verlangen, wenn der Gläubiger einen hat. Das ist die Voraussetzung für § 281, nicht die Folge daraus. Da der Gläubiger in unseren Fällen keinen Schaden hat, erlangt er auch keinen Ersatzanspruch. [2]) Mit § 281 ist also nichts zu erreichen. Bei § 255 ist zu beachten, daß das Gesetz von dem Normalfall ausgeht, der Dritte befriedige den Gläubiger Zug um Zug (§§ 273 Abs. 1, 247 Abs. 1) gegen Abtretung der Ansprüche gegen den Schuldner. Hier wird ein Anspruch mit vollem Inhalt abgetreten, es entstehen also keine Bedenken. Schwieriger wird die Frage, wenn der Dritte den Gläubiger zuerst befriedigt und sich hinterher einen Anspruch abtreten lassen will. Hier ist tatsächlich kein Anspruch mehr vorhanden. Man kann nun in diesem ähnlich liegenden Fall unmöglich den Schuldner haftfrei ausgehen lassen. [3]) Denn wenngleich keine echte Gesamtschuld zwischen Drittem und Schuldner vorliegt, [4]) so muß doch unter ihnen eine Ausgleichung nach Analogie von §§ 840 Abs. 2, 3, 1833 Abs. 2 und 254 Abs. 1 stattfinden: Diese Vorschriften betrachten gewisse Haftungsgründe gegenüber anderen als schwererwiegend, können also auch entsprechend angewendet werden, wenn z. B. der zum Ersatz verpflichtete Aufsichtspflichtige den Dieb belangen will. [5]) Der Dritte bekommt dann sogar einen unmittelbaren Anspruch gegen den Schuldner, braucht sich also nichts abtreten zu lassen. Das ist gegenüber dem Gläubiger nicht unbillig, da er ja befriedigt ist. Einen Anspruch gegen den Gläubiger auf nachträgliche Abtretung hat der Dritte also nicht, [6]) da ja nichts da ist. § 255 kann also überhaupt nicht angewendet werden. [7]) Zu demselben Ziel könnte man vielleicht

1) Burkhardt S. 32.
2) Krückmann S. 265—266; Klukhohn S. 428.
3) wie Klingmüller S. 90 ff. will.
4) Enneccerus I 2 § 313 II 3 (S. 281).
5) Oben S. 16; vgl. RG 75, 256; 84, 430.
6) A. M. Enneccerus § 237 II 2 a. E. (S. 57).
7) ebenso v. Tuhr Kr. V J S. 47, S. 91, der aber echte Gesamtschuld annimmt.

auf dem Wege über § 812 Abs. 1 kommen: Durch Leistung des Dritten ist der Schuldner von seiner Verbindlichkeit befreit, hat also auf dessen Kosten etwas erlangt. Diese Bereicherung ist zwar kraft Gesetzes, aber ohne rechtlichen Grund eingetreten. [1]) Denn das Gesetz hat nur diese Rechtsverschiebung, nicht aber die gleichzeitig eintretende Vermögensverschiebung beabsichtigt. [2]) Um das nachzuweisen, müßte man aber wieder auf die ähnlichen Bestimmungen der §§ 254, 840, 1833 zurückgreifen. Die erste Konstruktion erscheint deshalb einfacher.

Auch bei Auftragsverhältnissen können wir dem römischen und gemeinen Recht nicht folgen. Durfte der Gläubiger die Ausführung des Auftrags dem Schuldner übertragen, so haftet er nicht, wenn ihn bei der Auswahl kein Verschulden trifft (§ 664 Abs. 1). [3]) Man kann nicht sagen: weil er möglicherweise haftet, was jetzt aber noch nicht feststeht, hat er einen Schadensersatzanspruch gegen den Schuldner. [4]) Das hieße, das prozessuale Ergebnis eines Einzelfalles zur Grundlage einer materialrechtlichen Allgemeinentscheidung machen. Entweder der Gläubiger haftet oder er haftet nicht, durch Regelung der Beweislast (vgl. §§ 603 Abs. 2, 664 Abs. 1 Satz 1, 691 S. 1) kann nicht ein Rechtsgrundsatz entstehen.

Daß die Bestimmungen des A. L. R. für das geltende Recht unbrauchbar sind, ist oben schon gezeigt. [5]) Die mittelbare und die unmittelbare Stellvertretung sind heute eben so scharf geschieden, daß man beide nicht miteinander vermengen kann. Eine Rechtsbeziehung zwischen Drittem und Schuldner (Machtgeber — Substituten) tritt also in keinem Falle ein. [6])

2. Die Frage kann nicht aus gesetzlichen Vorschriften, insbesondere dem B. G. B., beantwortet werden.

Die Geschichte unserer Frage hat also keinen praktischen Wert. Es ist deshalb zu untersuchen, ob sich aus den Vorschriften des geltenden Rechts Anhaltspunkte gewinnen lassen.

---

1) Kunze S. 82 Anm. 6, Abs. 2.
2) Gegen diese Unterscheidung RG 69, 246 ff.
3) A. M. Planck, Bem. 1 d zu § 664.
4) wie v. Tuhr, Grünhut 25 S. 544.
5) siehe Seite 12—13
6) A. M. Schloßmann S. 379 ff.

a) Daß sich aus den §§ 255, 281 B. G. B. keine verwertbaren Schlußfolgerungen ziehen lassen, ist schon dargelegt. In der Literatur sind außerdem noch verschiedene andere Bestimmungen herangezogen worden. So beruft sich ein Schriftsteller [1]) auf §§ 249 ff. Er setzt auseinander, die Naturalherstellung des dem Gläubiger entstandenen Schadens decke zugleich den Schaden des Dritten. Dasselbe gelte beim Geldersatz, der an die Stelle der Wiederherstellung des früheren Zustandes trete. Infolgedessen könne ohne weiteres ein fremdes Interesse geltend gemacht werden.

Der letzte Schluß ist nicht zwingend. Denn zunächst muß einmal die Frage geklärt werden, ob überhaupt ein Schaden zu ersetzen ist. Die §§ 249 ff. regeln nur die Art und Weise des Ersatzes bei schon bestehender Verpflichtung. Man kann aus ihnen also nichts für unsere Frage entnehmen. Allerdings kann der Gläubiger auch bei mangelndem eigenen Interesse ohne weiteres auf Erfüllung klagen und diese möglicherweise durch Zwangsvollstreckung herbeiführen. Ob er aber statt der Erfüllung auf Schadensersatz (Wiederherstellung oder Geldersatz) klagen kann, hängt davon ab, ob gerade ihm ein Schaden entstanden ist. Und das ist eben nicht der Fall.

Eine Heranziehung des § 991 Abs. 2 führt auch zu keinem verwertbaren Ergebnis. Wir haben es hier mit dem Eigentumsanspruch zu tun, dessen *Umfang* begrenzt wird. [2]) Der Zweck dieser Bestimmung ist, eine Haftung des gutgläubigen unmittelbaren Fremdbesitzers nach demselben Maßstab herbeizuführen, wie sie eintreten würde, wenn der mittelbare Besitzer der Eigentümer wäre. „Verantwortlich" ist der unmittelbare Besitzer für seine *Handlungsweise* in dem Sinne, daß ihm die Handlung zugerechnet wird. Ob er ersatzpflichtig ist, hängt von weiteren Umständen ab. „Verantwortlich" ist offenbar in demselben Sinne gebraucht wie der Ausdruck „zu vertreten", der auch nicht die Pflicht zum Schadensersatz bedeutet (§ 462 B. G. B.). „Verantwortlich" ist also nicht gleich „ersatzpflichtig". [3]) Das Verschulden des unmittelbaren Besitzers ergibt sich deshalb aus dem besonderen Verhältnis, in dem er zum mittelbaren Besitzer steht. [4]) Wollte man die Gleichung aufstellen „verantwortlich — ersatzpflichtig",

1) Kohler, Lehrb. S. 126—27.
2) v. Tuhr Kr. VJS. 43 S. 588—89; Krückmann S. 297.
3) Kunze S. 112 ff.
4) Endemann, Vortrag S. 47.

so würde der unrechtmäßige gutgläubige Fremdbesitzer nur dann und insoweit haften, wenn er gleichzeitig dem mittelbaren Besitzer zum Ersatz verpflichtet wäre. Denn eine Haftung nach §§ 823 ff. tritt nicht ein (§§ 992, 993 Abs. 1 Halbs. 2). [1]) Er wäre also im Vorteil gegenüber einem dem Eigentümer zum Besitz berechtigten Besitzer, der ja nach §§ 823 ff. haftet. Das ist unhaltbar. Jedenfalls handelt es sich in § 991 Abs. 2, wie gesagt, um den schon bestehenden Eigentumsanspruch, es liegt also keine Schadensliquidation aus fremdem Interesse vor. In unseren Fällen fehlt aber sowohl dem Gläubiger wie dem Dritten jeglicher Anspruch. Eine Schlußfolgerung ist demnach aus § 991 Abs. 2 nicht zu ziehen.

Aus dem B. G. B. könnte man weiterhin die §§ 677 ff. zur Betrachtung heranziehen und an eine Geschäftsführung ohne Auftrag zwischen Schuldner und Drittem denken. [2]) Denn es ist herrschende Ansicht, daß ein gleichzeitig vorliegender Auftrag eines Gläubigers die Geschäftsführung ohne Auftrag für einen Dritten nicht ausschließt. Voraussetzung wäre, daß der Schuldner das Geschäft für den Dritten besorgt, d. h. in dessen Interesse. Ist also das Geschäft schon seiner Natur nach ein Geschäft des Dritten, so muß der Schuldner die Absicht haben, es in dessen Interesse zu führen. [3]) Diese Absicht ergibt sich meistens schon dann, wenn dem Schuldner bewußt ist, daß ein Geschäft des Dritten vorliegt, d. h. wenn ihm die Beteiligung des Dritten erkennbar ist. Wenn aber wie hier gleichzeitig und für den Schuldner am nächsten liegend ein Auftrag des Gläubigers vorhanden ist, muß man verlangen, daß der Schuldner den besonderen Willen hat und zu erkennen gibt, daß er ein Geschäft des Dritten besorgen wolle. Denn andernfalls ergibt sich diese Absicht nicht ohne weiteres aus der Erkenntnis des Schuldners, er führe gleichzeitig ein Geschäft des Dritten. Bei einem Geschäft, das seiner Natur nach nicht auf den Dritten hinweist, muß stets ein besonderer Wille des Schuldners vorhanden sein, das Geschäft für den Dritten zu führen. [4]) Ein Teil der bei unserem Problem vorkommenden Fälle wird sich also mit der Geschäftsführung ohne Auftrag lösen lassen. In den weit-

1) A. M. anscheinend Kluckhohn S 414—15.
2) vgl. R G räte, Bem. 3 zu § 664.
3) Mot. II S. 856.
4) Kunze S. 121; a. M. (ohne Unterscheidung) OAG Lübeck bei Thöl S. 12

aus meisten Fällen wird es aber dem Schuldner gleichgültig sein, ob er durch seine Geschäftsführung die Zwecke des Dritten verwirklicht, eine besondere Absicht, für den Dritten tätig zu werden, fehlt ihm, eben weil es ihm allein darauf ankommt, den Auftrag des Gläubigers auszuführen. Jedenfalls gestatten die wenigen eng begrenzten Fälle, in denen Geschäftsführung ohne Auftrag vorliegt, keinerlei Rückschlüsse auf andere Tatbestände unseres Themas. [1])

Sodann hat man mit dem Allheilmittel der §§ 157, 242 zu helfen gesucht. Hellwig [2]) behauptet, die Haftung für den Schaden des Dritten sei selbstverständlich. Das ergebe sich aus der Verkehrssitte, die diesen Grundsatz aufgestellt habe und die durch die ständige Rechtsprechung der höchsten Gerichte gefestigt sei. Außerdem würde es gegen Treu und Glauben verstoßen, wenn der Schuldner sich darauf berufen könne, der Gläubiger habe keinen Schaden erlitten und der geschädigte Dritte sei nicht sein Gläubiger.

§ 242 B. G. B. kann zunächst nicht für unsere Frage verwertet werden. Denn er setzt das Bestehen einer Leistungspflicht voraus und bestimmt lediglich deren Umfang. [3]) Man kann also auf ihn nicht die Entstehung einer Leistungspflicht gründen. So kommt denn ein Schriftsteller [4]) zu dem entgegengesetzten Schluß, daß der Schuldner nur den eigenen Schaden des Gläubigers zu ersetzen brauche. Denn nur zu ihm, nicht auch zu dem Dritten habe er durch Abschluß des zugrunde liegenden Rechtsgeschäfts in Beziehung treten wollen. Von diesem Grundsatz könne man nur im Interesse der Verkehrssicherheit abweichen, wie das z. B. beim Kommissionsgeschäft gerechtfertigt sei. Jedenfalls müsse diese Frage der Richter entscheiden, der ja in zweifelhaften Fällen auch die Höhe eines Schadens festsetze (§ 287 Abs 1 Z. P. O.).

Ebensowenig kann man aus § 157 etwas entnehmen. Es wird behauptet, [5]) es sei in unseren Fällen zweifelhaft, was die Parteien über den Ersatz des Drittinteresses vereinbart hätten. Infolgedessen sei die Vereinbarung „nach den Grundsätzen des richtigen Rechts" zu ergänzen. Der Zweck des Rechtsverhältnisses Gläubiger — Schuldner sei nun der, die Bedürfnisse des Dritten zu befriedigen, weil der Gläubiger

1) A. M. Thöl S. 12.
2) Verträge S. 89; ähnlich Crome, Part. R. S. 302, 305, System II 1 S. 76.
3) Stammler S. 46; Kunze S. 24.
4) Titze S. 124 ff., 138 ff.
5) Kunze S. 53 ff.

es im Interesse des Dritten eingehe. Der Schuldner verstoße aber „gegenüber dem Dritten gegen den Grundsatz des Achtens, daß der Inhalt des Wollens nicht der Willkür eines anderen anheimfallen dürfe, wenn er ihm zumute, allen Schaden, der durch sein schuldhaftes Verhalten entsteht, ersatzlos zu tragen". Es ist zwar zuzugeben, daß aus § 157 nicht nur die Berechtigung zu einer Auslegung des Ausdrucks — Auslegung im eigentlichen Sinne — hervorgeht, sondern auch zur sogenannten ergänzenden und berichtigenden Auslegung, d. h. einer Auslegung der Gedanken mit Rücksicht auf die beabsichtigte Rechtsfolge. Denn es soll der Vertrag ausgelegt werden (§ 157). Das sind nicht nur die einzelnen Vertragsbestimmungen, sondern „das durch Zweck, Verkehrssitte, Umstände und Abreden bestimmte Ganze". [1]) Diese Auslegung darf aber nicht dazu führen, einen Gedankeninhalt zu konstruieren, den sich die Parteien nicht im entferntesten vorgestellt haben und der mit der beabsichtigten Rechtsfolge in keinerlei Zusammenhang steht. Der Vertragsgegenstand selbst darf also dadurch nicht erweitert werden. [2]) Das würde aber der Fall sein, wenn man die Haftung des Schuldners als vereinbart ansehen wollte. [3]) Denn die von den Parteien beabsichtigte Rechtsfolge geht auf Vertragserfüllung, nicht auf Schadensersatz. Hier ist es wie in den meisten anderen Rechtsverhältnissen, in denen sich die Schadensersatzverpflichtung auch nicht aus der Parteivereinbarung ergibt und daher gesetzlich geregelt ist. Außerdem denken die Parteien regelmäßig überhaupt nicht an die Möglichkeit des Schadensersatzes, sondern nur an Vertragserfüllung. Der Vertragswille ist also in diesem Punkte nicht unklar, [4]) sondern umfaßt die Schadensersatzpflicht sehr deutlich nicht. [5]) Die Haftung für das Drittinteresse ergibt sich demnach nicht aus dem Vertrage. [6])

Auch zu dem Zwecke kann man die §§ 157, 242 B. G. B. nicht heranziehen, um ein eigenes Interesse des Gläubigers anzunehmen. [7]) Denn § 242 enthält, wie gesagt, nur eine Bestimmung über den

1) Enneccerus I 1 S. 533 Anm. 24.
2) RG 87, 213—14; ähnlich Krückmann S. 286
3) Solmitz S. 294.
4) Kunze S. 55.
5) Just. Regelsberger S. 269; Zimmermann S. 63—64.
6) H. A. Fischer S. 101; Kluckhohn S. 437.
7) Burkhardt S. 37, 42.

Umfang einer bereits bestehenden Leistungspflicht, mit Hilfe von § 157 soll Klarheit über den Vertragsinhalt gewonnen werden. Ob aber ein Schaden bei dem Vertragsgegner als entstanden anzusehen ist, darüber enthalten diese Vorschriften nichts. Natürlich hat der Gläubiger meistens ein Interesse daran, daß der Dritte seinen Schaden ersetzt bekommt, weil ihm andernfalls etwa aus einer Unterbrechung der Geschäftsverbindung Nachteile entstehen. Wenn hier ein echtes wirtschaftliches Interesse vorliegt, dann ist auch beim Gläubiger ein Schaden entstanden. Dann taucht aber unsere Frage garnicht auf, denn seinen eigenen Schaden kann der Gläubiger unter allen Umständen ersetzt verlangen. Wo aber ein solches Vermögensinteresse nicht vorliegt, wie in den Fällen unserer Aufgabe, da kann der Gläubiger durch sein Affektionsinteresse keinen eigenen Schaden dartun (§ 253 B. G. B.). Es ist vergebliches Bemühen, das Problem dadurch zu lösen, daß man versucht, den Schaden des Dritten als eigenen Schaden des Gläubigers hinzustellen. [1]) Der Gläubiger hat beim besten Willen keinen Schaden erlitten, man kann ihm also auch durch die schönste Theorie keinen solchen aufhalsen. [2])

Ob man aus § 557 S 2 Folgerungen ziehen kann, ist zweifelhaft. Man könnte an folgenden Fall denken: Der Mieter, dem gekündigt ist, kommt mit der Räumung in Verzug. Der neue Mieter erleidet einen hohen Schaden, weil er etwa für das Unterstellen der Möbel hohe Lagerkosten bezahlen muß. [3]) Es ist m. E. ausgeschlossen, daß Satz 2 in § 557 diesen Tatbestand umfaßt, weil Satz 1 vom Schaden des Vermieters spricht. Unter „weiterem Schaden" muß also wohl ein weiterer Schaden des Vermieters verstanden werden, nicht ein Schaden des neuen Mieters, den der Vermieter geltend machen könnte. Ebenso dient die Vorschrift des § 556 Abs. 2 offenbar nur dem Schutze des Vermieters, nicht des neuen Mieters.

Weiterhin hat die Praxis in einigen Entscheidungen [4]) den Satz aufgestellt, der Gast habe für den Verlust fremder eingebrachter Sachen

1) Wie Zimmermann S. 67, Regelsberger S. 272, Grünhut S. 176, Burchard S. 186, Dernburg § 24 VII, Windscheid II 1 § 258 Anm. 19, OLG Lübeck bei Thöl S. 21, in Seuff. A. 11 S. 23 ff, ROHG 11, 259, 22, 302, RG. 12, 111; 27, 125; 40, 189 wollen (vgl. RG. 93, 39).
2) O. E. Fischer S. 145—46; H. A. Fischer S. 92; Krückmann S. 247.
3) Titze S. 139 Anm. 28; Regelsberger S. 278—79.
4) OLG. Breslau in Recht 1902 S. 371 ff; Hamburg in Hans. Ger. Z. Beibl. 1907 S. 112 (= OLG 18, 24); München in Seuff. A. 61, S. 312; Köln in OLG 24, 400 ff.

einen Schadensersatzanspruch. Zur Begründung wird entweder behauptet, diese Haftung habe im preußischen Recht gegolten und das B. G. B. habe hieran nichts geändert. [1]) Oder es wird geltend gemacht, nach § 701 B. G. B. sei der Gastwirt schlechthin für den Verlust aller eingebrachter Sachen verantwortlich. [2]) Keiner dieser Gründe ist zutreffend. Denn § 701 B. G. B. bestimmt lediglich eine Ersatzpflicht für den Schaden, den „der Gast durch den Verlust oder die Beschädigung eingebrachter Sachen erleidet", läßt also die Frage, ob der Gast auch den Schaden eines Dritten ersetzt verlangen kann, [3]) gänzlich unberührt. Daß die möglicherweise nach preußischem Recht bestehende Haftung auch jetzt noch gelte, ist eine unbeweisbare Behauptung.

Schließlich sei noch kurz die Versicherung für fremde Rechnung gestreift. Gewöhnlich umfaßt hier die Versicherung nur dann den Schaden des Versicherten, wenn der Vertrag erkennbar zu seinen Gunsten abgeschlossen ist. Der Versicherungsnehmer muß also den Dritten als Interessierten bezeichnen — wobei der Name nicht genannt zu werden braucht — oder wenigstens den Vertrag so schließen, daß z. Zt. des Schadensfalles der Versicherte bestimmt werden kann (für Rechnung „wen es angeht"), §§ 80 V. V. G., 781 H. G. B. Eine Ausnahme gilt bei der Feuer-, Haftpflicht- und Unfallversicherung: Hier ergreift eine vom Versicherungsnehmer im eigenen Namen geschlossene Versicherung ohne weiteres auch die Sachen der Familienangehörigen und der Dienstverpflichteten, die mit ihm in häuslicher Gemeinschaft leben (§§ 85, 151 Abs. 1, 179 Abs. 2 V. V. G.). Es ist aber zu beachten, daß der Vertrag von vornherein auf Schadensersatz geht, daß also die Verpflichtung hierzu nicht erst bei Nichterfüllung entsteht. Außerdem gelten die Vorschriften eben nur für das kleine, eigenartige Gebiet der Feuer-, Haftpflicht- und Unfallversicherung. Eine Analogie auf unsere Fälle ist deshalb unzulässig. Trotzdem soll nach Ansicht einiger Schriftsteller der Hausarzt, der ein Familienmitglied behandelt und dabei schuldhaft einen anderen Hausgenossen (D) infiziert,

1) OLG. Breslau a. a. O.

2) OLG. Hamburg a. a. O.; RG räte, Bem. 4 zu § 701.

3) Die von Meyer S. 369; Crome System II 2, S. 753 Anm. 12 und Text; Enneccerus I 2 § 393 Anm. 7; Planck, Bem. 2 b u. 4 zu § 701 und Soergel, Bem. 3 zu § 701 bejaht wird. Gegen Meyer Staudinger Bem. II 1 zu § 701.

dem Hausvater auch für den Schaden des D haften. [1]) Denn als Schaden des Hausvaters sei in freierer Auffassung auch der Schaden der übrigen Familienmitglieder anzusehen. [2]) Nach anderer Ansicht soll D sogar eine eigene Klage aus dem Vertrage des Hausherrn haben. [3]) Sobald das Verhalten des Arztes eine unerlaubte Handlung gegenüber D darstellt, hat dieser selbstverständlich eine eigene Klage auf Ersatz seines Schadens. Oder der Hausvater hat eine Pflegepflicht infolge seines Eltern- oder Dienstverhältnisses und haftet dem Hausgenossen hieraus. Dann hat er eben einen eigenen Schaden erlitten und kann diesen ersetzt verlangen. Darüber hinaus hat er keine Befugnisse und kann nicht etwa dem Dienstboten oder dessen gesetzlichem Vertreter die Geltendmachung ihrer eigenen Rechte abschneiden. [4])

Das Reichsgericht hat einige Fälle — meistens handelte es sich um Kommission, Spedition u. ä. — wiederholt dahin entschieden, daß der Gläubiger den Schaden des Dritten geltend machen dürfe. [5]) Ob man hieraus auf das Bestehen eines Gewohnheitsrechts schließen darf, ist zweifelhaft. Jedenfalls käme das Gewohnheitsrecht höchstens für die Fälle der Kommission usw. in Betracht, da die gerichtlichen Entscheidungen, wie gesagt, sich fast nur auf diese Rechtsverhältnisse beziehen. Für die zahlreichen übrigen Fälle käme dagegen ein Gewohnheitsrecht überhaupt nicht in Frage und könnte daher für unsere Untersuchung nicht verwertet werden.

b) Es bleibt noch zu prüfen, ob sich mittelbar aus ähnlichen Vorschriften des geltenden Rechts ein allgemeiner Rechtsgrundsatz entwickeln läßt, mit dem unsere Aufgabe zu lösen wäre. Man könnte an den Nachlaß-, Konkursverwalter und Testamentsvollstrecker denken. [6]) Der Testamentsvollstrecker z. B. hat freilich Rechte und Pflichten, die ihm nicht in seinem Interesse, sondern uneigennützig zustehen. Das beruht indes auf seiner amtsähnlichen Stellung (§§ 2197 Abs. 2,

1) Nabel S. 53 ff; v. Tuhr, Kr. VJS. 47, S. 93—94.
2) Nabel a. a. O.
3) Hellwig, Stellung des Arztes S. 48—49.
4) Ebenso Krückmann S. 267; Kluckhohn S. 422.
5) RG 12, 111; 27, 125; 40, 174, 189; 58, 42; 62, 334; 66, 402; 71, 252; 90, 246; 93, 40; 97, 87; 109, 16; 113, 254; in JW. 10, 1000, 16, 259; 27, 1144.
6) Krückmann S. 254; Endemann, Vortrag S. 49.

2201, 2202 usw.). Entscheidend aber ist, daß er nie in eigenem Namen handelt, sondern stets als Vertreter. Mag man ihn nun als Vertreter des Erblassers, des Erben oder des Nachlasses ansehen, immer muß er als Vertreter fremder Interessen auftreten und sich als solchen auch äußerlich zu erkennen geben. Infolgedessen wird er selbst garnicht aus den von ihm geschlossenen Rechtsgeschäften berechtigt und verpflichtet. Ebenso ist der Nachlaßpfleger Pfleger des endgültigen Erben (1960 Abs. 2 B. G. B.), er handelt in dessen Namen und begründet Rechte und Pflichten nicht für sich, sondern für den Nachlaß. Auch den Nachlaßverwalter kann man als gesetzlichen Vertreter des Erben oder des Nachlasses bezeichnen. Ferner ist allen diesen Einrichtungen gemeinsam, daß von vorherein ein wirklich Berechtigter da ist oder wenigstens gedacht ist (Erbe). Er kann nur die ihm zustehenden Rechte nicht geltend machen, sondern muß das einem gesetzlichen Vertreter überlassen. In unseren Fällen dagegen wickelt sich das Geschaft lediglich zwischen dem Gläubiger und Schuldner ab. Ersterer tritt in eigenem Namen auf, wird selbst berechtigt und verpflichtet. Es geht nicht an, den Mittelsmann, solange es sich um Vertragserfüllung handelt, formell und materiell als Gläubiger hinzustellen und bei Entstehung eines Schadens durch Nichterfüllung nur als formell, den Dritten als materiell Berechtigten zu bezeichnen. Eine Analogie erscheint also ausgeschlossen.

Man könnte endlich noch an eine Analogie aus den Verträgen zu Gunsten oder zu Rechten Dritter denken. So wird behauptet [1]), wenn es zulässig sei, Verträge zu Rechten eines Dritten zu schließen, dann sei es auch möglich, Leistung an sich, ebenfalls ohne eigenes Interesse, zu bedingen. Daß dies zulässig sei, ist noch nicht bezweifelt worden. So lange es sich um die Erfüllung des Vertrages handelt, entstehen keine Schwierigkeiten. Erfüllung, wenn nötig zwangsweise, kann der Gläubiger stets verlangen. [2]) Aber gerade wenn es sich um Schadensersatz wegen Nichterfüllung, also zunächst um den Nachweis eines Schadens handelt, entsteht ja unsere Frage erst. Auch hier ist deshalb eine Analogie nicht möglich.

1) Nehbein S. 57.
2) Regelsberger S. 254, 272; Kunze S. 23.

3. Es handelt sich vielmehr um eine Frage der ergänzenden Rechtsfindung.

Es hat sich also gezeigt, daß die gestellte Aufgabe nicht aus den Vorschriften des geltenden Rechts, weder mittelbar noch unmittelbar, gelöst werden kann. Wir stehen tatsächlich vor einer Lücke des Rechts. [1]) Einerseits hat der Schuldner allgemein einen Schaden, den er durch Verletzung von Vertragspflichten verursacht, zu ersetzen. Andererseits ist nur der Schaden zu ersetzen, der beim Vertragsgegner, nicht auch beim sogenannten mittelbar Geschädigten, entstanden ist. Trotzdem muß der Richter im Prozeß diese beiden Gegensätze ausgleichen, er muß unter allen Umständen eine Entscheidung fällen. M. a. W. der Richter muß durch ergänzende Rechtsfindung den hier geltenden Rechtssatz feststellen. Die Zulässigkeit der Rechtsfindung ist bestritten, das Recht soll angeblich nur aus sich selbst heraus ergänzt werden dürfen. Das ist aber nicht immer möglich, wie eben unsere Aufgabe beweist. [2]) Es gilt auch fürs deutsche Recht der Grundsatz des Art. 1 Abs. 2 des Schweizer Zivilgesetzbuchs vom 10.12.1907: „Kann dem Gesetz keine Vorschrift entnommen werden, so soll der Richter nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die er als Gesetzgeber aufstellen würde". Diese Befugnis ergibt sich aus der Rechtsordnung. Die Rechtsfindung bedeutet also nicht die Schaffung objektiven Rechts, insbesondere eines Gewohnheitsrechts, sondern durch sie wird nur das streitige Rechtsverhältnis, das subjektive Recht, festgestellt. Deshalb sind bei der Rechtsfindung die allgemeinen Gesichtspunkte maßgebend: Wirtschaftliche Zweckmäßigkeit, Verkehrssitte, Natur des Rechtsverhältnisses, die Besonderheiten des Falles. [3]) Für unsere Aufgabe käme demnach besonders das Verkehrsbedürfnis [4]) und die Billigkeit in Betracht. Tatsächlich sind denn auch die Untersuchungen der meisten Schriftsteller nur Verlegenheitswendungen. In Wirklichkeit halten sie ihre Theorieen nicht für so durchschlagend wie die Erwägung, daß aus Billigkeitsrücksichten dem

1) H. A. Fischer S. 95; Crome S. 301; Solmitz S. 289—95, Krückmann S. 245; a. M. Regelsberger S. 286.
2) Enneccerus I 1 S. 118, Anm. 22.
3) Enneccerus I 1 S. 119.
4) Titze S. 139.

geschädigten Dritten geholfen werden muß [1]) Daß die Billigkeit oder das billige Ermessen auch sonst als Antwort auf eine Rechtsfrage dient, beweisen die §§ 315, 317, 319, 660, 745 Abs. 2, 829, 920 Abs. 2, 971 Abs. 1, 1024, 1090, 1246, 1361 Abs. 2, 2048, 2156 B. G. B., 74 a Abs. 1 H. G. B. Die Lösung unserer Aufgabe nach den Grundsätzen der Billigkeit unterliegt also keinen Bedenken. [2])

4. Ausscheidung der Fälle, in denen der Gläubiger ein eigenes Interesse an der Leistung des Dritten hat.

Um festzustellen, wann eine Entscheidung auf Grund des Verkehrsbedürfnisses und der Billigkeit zu fällen ist, muß zunächst eine Abgrenzung gegenüber den Fällen erfolgen, die in der Literatur in unsere Frage einbezogen sind, tatsächlich aber nicht hierher gehören. Zweifellos auszuscheiden sind die Tatbestände, in denen der Gläubiger einen eigenen Schaden erlitten hat, dessen Geltendmachung zugleich dem Dritten zugute kommt. Das sind die Fälle des sogenannten Koinzidenzinteresses. Zweckmäßig unterscheidet man allgemein mit v. Tuhr [3]) mittelbares und unmittelbares eigenes Interesse des Gläubigers. Unmittelbares Interesse liegt dann vor, wenn dem Vermögen des Gläubigers ein neuer Wert zugeführt oder das Vermögen vor Verminderung bewahrt werden soll. Entweder ist dieses Interesse endgültig, sodaß der eingetretene Schaden am Vermögen des Gläubigers hängen bleibt. Dabei ist es unbeachtlich, ob der Dritte verpflichtet ist, diesen Schaden zu ersetzen. Es fragt sich nur, ob die Schadensersatzpflicht des Schuldners deshalb wieder wegfällt, weil auch der Dritte dem Gläubiger den Schaden ersetzen muß: [4]) G pachtet eine Jagd in eigenem Namen, aber z. T. für Rechnung des D. S hatte sich verpflichtet, nicht mitzubieten, tut es aber doch. G muß infolgedessen eine höhere Pacht bezahlen. G hat hier aus seinem eigenen Vermögen mehr Aufwendungen gemacht, die S ihm deshalb ersetzen muß. Er klagt also nicht das Interesse des D, sondern seinen eigenen Schaden ein. [5]) Allerdings

1) v. Tuhr, Grünhut S. 580; Crome, Part. R. S. 305, 307, 308; Schloßmann S. 369; Burkhardt S. 33, 52.
2) a. M. Hellwig, Verträge S. 90; Kunze S. 23, 24, 27; Kluckhohn S. 409 im Widerspruch zu S. 412 oben, 436 unten.
3) Grünhut S. 535 ff.
4) Hellwig, Verträge S. 84—85.
5) A. M. OLG Hamburg, Seuff. A. 46 S. 14 ff.

hat er zwei Ansprüche auf Schadloshaltung, gegen S und D, ist aber dadurch nicht bereichert. Denn durch Ersatzleistung des S geht der Anspruch gegen D infolge Unmöglichkeit unter. Insofern wird gleichzeitig der Schaden des D, die entstandene Verbindlichkeit, ersetzt. Eine Vorteilsausgleichung findet aber eben nicht statt, sonst könnte jeder der beiden Schuldner die Forderung des Gläubigers gegen den anderen auf seine Schuld anrechnen, und der Gläubiger käme nie zu seinem Ersatz. Genau so lautet die Entscheidung in einem anderen Fall: Der Gläubiger kauft infolge schuldhafter unrichtiger Auskunft des Schuldners in eigenem Namen, aber für Rechnung des Dritten Wertpapiere, die kurz darauf im Kurs fallen. Um weitere Kursschäden zu verhindern, verkauft er sie wieder. Die Differenz ist eine in seinem eigenen Vermögen entstandene Lücke, also sein eigener Schaden. Es ist auch hier unerheblich, ob der Dritte verpflichtet ist, diese Lücke auszufüllen. [1])

Des weiteren kann der Gläubiger ein Durchgangsinteresse an der Leistung haben, nämlich dann, wenn er dem Dritten zur Herausgabe einer ihm gehörigen Sache verpflichtet ist. Hauptbeispiel: G in Braunschweig hatte an D in Köln 4 Ballen linnen Garn verkauft und die Versendung zu besorgen. Er übergab das Garn dem Spediteur S mit der Weisung, der Fuhrmann F solle den Transport übernehmen. Trotzdem ließ S das Garn durch A transportieren, der es unterschlug. [2]) Nach § 447 Abs. 1 B. G. B. trägt D die Transportgefahr, d. h. G behält seinen Anspruch auf den Kaufpreis. Infolgedessen wird behauptet, G habe keinen Schaden erlitten, weil er den Kaufpreis bekomme. [3]) Es ist aber zu bedenken, daß eine verkaufte Sache bis zur Uebergabe im Eigentum des Verkäufers bleibt, also ein Aktivum in seinem Vermögen darstellt. Wird ihm dieses Aktivum entzogen, so wird er mindestens um den gemeinen Wert der Sache geschädigt. [4]) Der Anspruch auf den Kaufpreis besteht freilich als weiteres Aktivum, aber nicht als Gegenleistung für den angerichteten Schaden, sondern für die Verpflichtung, das Eigentum zu verschaffen, ist also niemals Schadensersatz. Allerdings tritt nicht immer ein Schaden ein, sobald

1) So auch RG 12 Nr. 24, 27 S. 126; Hellwig S. 84.
2) Aus einem Urteil des OAG Wolffenbüttel von 1861 in Seuff. A. 14 Nr. 23.
3) H. A. Fischer S. 107; Titze S. 125; Kluckhohn S. 424 ff.
4) v. Tuhr, Kr. VJS. 47, S. 69—70; Burkhardt S. 32; Krückmann S. 266.

eine Sache beschädigt wird, sondern nur dann, wenn zugleich eine daran interessierte Person vorhanden ist. [1]) Daß es aber Fälle gibt, in denen trotz Verletzung des Eigentums kein Schaden entsteht, [2]) ist wohl nicht denkbar. Es ist deshalb unnötig, einen eigenen Schaden des Gläubigers dadurch zu konstruieren, daß man die Möglichkeit heranzieht, der Dritte könne zahlungsunfähig werden, wegen Probewidrigkeit der Kaufsache vom Vertrage zurücktreten o. ä. [3]) Es ist sogar gleichgültig, ob der Dritte nach Absendung der Ware oder schon vorher den Kaufpreis zahlt. Tatsache ist, daß der Gläubiger durch Verletzung seines Eigentums geschädigt ist, den hierdurch entstandenen Schaden kann er ohne weiteres als eigenen ersetzt verlangen. Billigkeitserwägungen sind also hier nicht am Platze. [4])

Ein mittelbares Interesse hat der Gläubiger dann, wenn durch Verschulden des Schuldners zunächst nur das Vermögen des Dritten vermindert wird, diese Verminderung aber auf sein eigenes Vermögen einen nachteiligen Einfluß durch Rückwirkung ausübt. Entweder der Gläubiger haftet dem Dritten für dessen Schaden, er wird mit einer Verbindlichkeit belastet, hat also ein Haftungsinteresse. Er kann es deshalb als eigenen Schaden geltend machen. [5]) Dieses Haftungsinteresse ist entweder absolut, wenn der Gläubiger für die schädigende Handlung des Schuldners schlechthin haftet. Z. B. G hat von S eine Gattungssache gekauft und an D weiter verkauft. Kommt S und damit G in Verzug, so haftet G dem D nach Fristsetzung für allen Schaden (§§ 326 Abs. 1, 284 Abs, 1, 285, 279 B. G. B.). War eine Speziessache Gegenstand der Kaufverträge, so haftet G dem D überhaupt nicht (§ 285 B. G. B.), sondern hat lediglich ein Durchgangsinteresse, das gleich dem Wert der Kaufsache oder gleich dem von D versprochenen Kaufpreis ist. Daß man S als Erfüllungsgehilfen des G ansieht, (§ 278 B. G. B.), wie v. Tuhr [6]) in Erwägung zieht, scheint mir abwegig zu sein. Ist aber S tatsächlich einmal Erfüllungsgehilfe, z. B. bei Ausführung eines Auftrags, (§ 664 Abs. 1 S. 2 B. G. B.), so haftet natürlich G für dessen Verschulden absolut und

1) Degenkolb S. 57.
2) Kluckhohn S. 425—26.
3) Hellwig, Verträge S. 82—83 und Anm. 167.
4) A. M. Crome S. 305; gegen ihn Hellwig, Verträge S. 83 und Anm. 169.
5) Abweichend Crome, Part. R. S. 308.
6) Grünhut S. 538 Anm. 27.

kann dieses Interesse gegenüber S geltend machen. Das geschieht dann aber nicht aus Billigkeitserwägungen heraus. [1])

Oder das Haftungsinteresse des Gläubigers ist bedingt, nämlich durch eigenes Verschulden. Er haftet also nur dann für Verschulden des S, wenn ihn selbst beispielsweise eine Schuld bei der Auswahl, Beaufsichtigung usw. des Schuldners trifft (culpa in eligendo, instruendo, custodiendo; §§ 664 Abs. 1, 691 B. G. B.). Auch hier tritt der Schaden des Dritten unmittelbar durch das Verhalten des S ein. Ob S aber für den ganzen Schaden haftet, ist nicht ohne weiteres zu bejahen, da der Schaden des D und damit der durch Rückwirkung bei G entstandene Schaden z. T. durch Schuld des G selbst entstanden ist. Die Frage ist weiter unten zu besprechen.

Weiterhin kann der Gläubiger ein Verwertungsinteresse an der schuldnerischen Leistung haben. Er würde z. B. ein Pfandrecht an dem Leistungsgegenstand gehabt haben, entweder ein gesetzliches als Kommissionär, oder vielleicht ein vertragliches als Handlungsreisender an den beim Gastwirt eingebrachten Sachen des Geschäftsherrn. Oder er würde als Hinterleger einer dem Gläubiger gehörigen Sache ein Rückbehaltungsrecht daran gehabt haben. Durch das vertragswidrige Verhalten des Schuldners kann der Gläubiger sein Verwertungsrecht nun nicht ausüben, er erleidet also einen Schaden, für den der Schuldner aufkommen muß. Das Verwertungsinteresse (v. Tuhr nennt es Retentionsinteresse) ist gerade so hoch wie die Gegenansprüche des Gläubigers, wegen deren er das Verwertungsrecht hat. Diese Gegenansprüche sind in der Hauptsache Ansprüche auf Ersatz von Aufwendungen u. dergl., also regelmäßig ihrem Umfang nach geringer als das Drittinteresse. Sie können aber auch ebenso hoch oder noch höher sein als dieses, z. B. bei Ansprüchen des Kommissionärs aus laufender Rechnung in Kommissionsgeschäften (§ 397 H. G. B.).

5. Aufzustellende Grundsätze.

In den Fällen, in denen lediglich ein Schaden des Dritten eingetreten ist, entstehen praktisch oftmals deshalb keine Schwierigkeiten, weil der Gläubiger mit der sogenannten abstrakten Schadensberechnung

1) A. M. Endemann, Lehrb. S. 722.

arbeiten kann. [1]) Er gibt sich nicht die Mühe, bei der Berechnung des Schadens die besonderen Verhältnisse des Geschädigten (hier des D) heranzuziehen, also die konkrete Schadensberechnung anzuwenden, sondern legt nach § 252 B. G. B. den Gewinn dar, der nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte. Handelt es sich z. B. bei einem Kommissionskauf um Waren mit Börsen- oder Marktpreis, so wird der Richter im Prozeß annehmen, daß der Kläger (Gläubiger) sie zu diesem Preis hätte verkaufen können und verkauft hätte. Auch bei sonstigen Handelswaren, die übliche Preise haben, wird der Richter gemäß § 287 Z. P. O. von seiner Befugnis zu freier Schadensschätzung Gebrauch machen. Für den handelsrechtlichen Fixkauf ist diese Art der Schadensberechnung ausdrücklich vorgesehen (§ 376 Abs. 2 H. G. B.). Erst dann kommt unsere Frage zum Vorschein, wenn der Schuldner eigenen Schaden des Gläubigers bestreitet und ausschließlichen Schaden des Dritten behauptet. Diese Einwendung ist nach einer verbreiteten Ansicht [2]) eine „unzulässige exceptio ex iure tertii", der Schuldner soll sich nicht auf den Schaden des Dritten berufen dürfen. Diese exceptio ist keine Erscheinung des römischen Rechts, sondern hat sich in der gemeinrechtlichen Praxis gebildet, ist aber ins geltende Recht ebensowenig gedrungen wie eine gegenteilige Bestimmung. [3]) Sie ist weiter nichts als Bestreiten des der Vertragspartei (dem Gläubiger) entstandenen Schadens, also Leugnen des Klagegrundes, und daher durchaus zulässig. [4]) In allen Fällen, in denen das Drittinteresse als Klagegrundlage herangezogen werden muß, ist demnach eine den berechtigten Interessen aller Beteiligten und dem Verkehrsbedürfnis genügende Entscheidung zu treffen. Von diesem Standpunkt aus gesehen geht es nun nicht an, daß der vertragsbrüchige Schuldner immer frei ist, wenn er nachweisen kann, daß nicht der Gläubiger, sondern ein am Vertrage nicht beteiligter Dritter geschädigt ist. Das würde sein vertragsbrüchiges Verhalten ungeziemend belohnen und die Verwertbarkeit der mittelbaren Stellvertretung ganz in Frage stellen. Man

1) ähnlich Krückmann S. 247.
2) v. Tuhr, Grünhut S. 536 Anm. 24; H. A. Fischer S. 84; Staudinger, Vorbem. II 2b vor §§ 249 ff.
3) Rauchenberger S. 1, 9.
4) Zustimmend Solmitz S. 292; Kunze S. 17; Kluckhohn S. 427, 428.

muß deshalb billigerweise seine grundsätzliche Haftung für das Drittinteresse annehmen.

Im einzelnen erscheint es durchaus berechtigt, ihn für den vollen, aus den persönlichen Verhältnissen des Dritten sich ergebenden Schaden dann haften zu lassen, wenn dieser über das normale Maß nicht hinausgeht. Aber auch für einen außergewöhnlich hohen Schaden muß eine Haftung dann eintreten, wenn er durch vorsätzliche Vertragsverletzung des Schuldners entstanden ist. [1]) Ist dagegen Vorsatz nicht nachweisbar, so ist es unbillig, die Ersatzpflicht auch auf den über den gewöhnlichen Umfang hinausgehenden Schaden zu erstrecken, der sich infolge der besonderen Verhältnisse des Dritten ergibt und den der Schuldner nicht voraussehen konnte. [2]) Allgemein ist zwar die Voraussehbarkeit des Schadens keine Bedingung der Haftung. In besonderen Fällen ist sie aber vom Gesetz als Erfordernis aufgestellt, indem es eine Ersatzpflicht erst bei Kenntnis oder bei Kennenmüssen (fahrlässiger Unkenntnis) eines Umstandes festsetzt, z. B. in den §§ 122 Abs. 2, 179 Abs. 2, 3, 307 Abs. 1, 2, 309, 439 Abs. 1, 523 Abs. 2, 678, 694, 824 Abs. 1, 851 B. G. B. Im besonderen ist die Höhe des zu ersetzenden Schadens von der Kenntnis des Schuldners abhängig in den §§ 254 Abs. 2, 702 B. G. B., 429 Abs. 2, 456 Abs. 2 H. G. B. Gerade den § 254 Abs. 2 kann man auf unsere Frage in freier Auslegung anwenden. [3]) Die Vorschrift spricht zwar nur vom Verschulden des „Beschädigten". Aber offenbar hat man bei ihrer Abfassung nicht daran gedacht, daß Beschädigter und Gläubiger zwei verschiedene Personen sein können. Zudem sind die Umstände des Falles beide Male die gleichen. Man kann danach bei ungewöhnlich hohem Schaden des Dritten den Schuldner nur dann in vollem Umfang haften lassen, wenn der Gläubiger ihn auf diese Gefahr aufmerksam gemacht hat oder der Schuldner sie aus anderen Gründen kannte oder kennen mußte. Z. B. würde in dem Tatbestand des Urteils des OAG Lübeck [4]) der Schiffer nur dann voll haften, wenn der Lieferant in Oporto ihn auf die Gefahr der Fabrikstillegung beim

1) ebenso Enneccerus I 2 S. 56 Anm. 6.
2) ähnlich Crome, System II 1 S. 76.
3) ebenso Crome, Part. R. S. 308 Anm. 17.
4) siehe S. 1.

Käufer hingewiesen hätte. Denn daß durch die Verzögerung der Lieferung gleich der ganze Betrieb des Fabrikanten auf längere Zeit stillgelegt werden mußte, ist ein ungewöhnlich hoher Schaden, den er unmöglich voraussehen konnte. [1])

Soweit der Schuldner aus diesem Grunde nicht für den höheren Schaden des Dritten haftet, muß letzterer auf andere Weise seinen Schaden ersetzt bekommen, nämlich von dem Gläubiger. Das erscheint zunächst verwunderlich, ist aber durchaus gerechtfertigt. Bei der Geschäftsführung ohne Auftrag ist der Geschäftsführer verpflichtet, so zu handeln, daß die Interessen des Geschäftsherrn in jeder Hinsicht gewahrt sind (§ 677 B. G. B.) Vor allem muß er also dafür sorgen, daß der Dritte bei Vertragsbruch des Schuldners seinen ganzen Schaden ersetzt bekommt. Da der Schuldner in vollem Umfang aber nur bei Hinweis auf die Schadenserhöhung haftet, kann das besondere Interesse des Dritten nur dadurch gewahrt werden, daß der Gläubiger auf die Beteiligung des Dritten hinweist. [2]) Das gleiche gilt für den Kommissionär und Spediteur (§§ 384 Abs. 1, 408 Abs. 1 H. G. B.), und man wird es auch für den Beauftragten annehmen können, obwohl eine ausdrückliche Vorschrift im B. G. B. fehlt. Dieser ist also nicht schon dann von jeder Haftung frei, wenn er befugt und ohne Verschulden bei der Auswahl (§ 664 Abs. 1 B. G. B.) die Ausführung des Auftrags dem Schuldner überträgt, sondern erst, wenn er den Schuldner auf den möglicherweise sehr hohen Schaden des Auftraggebers hinweist. [3]) Er braucht dabei nicht den Namen des Geschäftsherrn zu nennen, da dieser aus mancherlei Gründen daran interessiert sein kann, im Hintergrund zu bleiben, etwa um fremden Kredit zu benutzen oder dergl. Die Beteiligung des Dritten wird der Schuldner auch oft ohne weiteres erkennen können, vor allem, wenn es sich um Kommissions- oder Speditionsgeschäfte handelt. Denn ein Frachtführer z. B., der mit einem Spediteur einen Transportvertrag schließt, weiß in der Regel, daß es sich um Sachen eines Dritten handelt, die er befördert. [4]) Auch der Hinweis auf einen möglicherweise sehr hohen

1) ebenso Regelsberger S. 273 ff.; ähnlich Crome, Part. R. S. 307–309.
2) vgl. Hellwig, Verträge S. 87; Kunze S. 125.
3) Kunze S. 126.
4) Ähnlich schon die Nachschrift in Seuff. A. 11, S. 50; ferner Crome, Part. R. S. 302.

Schaden wird unterbleiben können, wenn z. B. aus der Verpackung der Waren oder aus dem Frachtbrief (vgl. § 466 Abs. 2 H. G. B.) ihr hoher Wert ohne weiteres ersichtlich ist. In allen übrigen Fällen muß der Gläubiger auf das außergewöhnlich hohe Interesse des Dritten hinweisen. [1]) Tut er das nicht, so verletzt er eine ihm obliegende Pflicht, muß also den aus dieser Unterlassung entstandenen Schaden ersetzen. Das ist der Mehrbetrag, zu dessen Ersatz der Schuldner nicht verpflichtet ist. Voraussetzung ist natürlich, daß auch der Gläubiger die Gefahr des übermäßigen Schadens kennen mußte oder der Dritte ihn darauf aufmerksam gemacht hat. Unterläßt der Dritte diesen Hinweis, so hat er sich die Folgen selbst zuzuschreiben, denn auch hier ist § 254 Abs. 2 B. G. B. entsprechend anzuwenden („Quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intellegitur damnum sentire", l. 203 Dig. 50,17). Der Dritte ist also immer hinreichend geschützt, soweit ihn selbst kein Verschulden trifft, d. h. vor allem, wenn er den Gläubiger auf die Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens hinweist: entweder der Gläubiger macht auch dem Schuldner gegenüber den Hinweis; dann haftet letzterer in vollem Umfang und der Gläubiger kann einen vollwertigen Ersatzanspruch an den Dritten abtreten. Oder G unterläßt den Hinweis; dann haftet er selbst dem D für diese Unterlassung.

Diese Ersatzpflicht fällt unter den Begriff des bedingten Haftungsinteresses (S. 31 oben). [2]) Der Gläubiger kann aber gleichwohl vom Schuldner nicht den höheren Schaden ersetzt verlangen. Denn zwischen ihnen beiden muß eine Ausgleichung nach § 254 Abs. 2 stattfinden, eben weil der höhere Schaden (die Nichthaftung des S und damit die Haftung des G) allein durch Verschulden des G verursacht ist. S haftet also für den normalen, G für den diesen übersteigenden Schaden des D. Bei diesem bedingten Haftungsinteresse ist es also nicht so, daß der Gäubiger ein eigenes, möglichst schwerwiegendes Verschulden behaupten muß, um seine Haftung gegenüber D und damit eigenen Schaden zu beweisen. [3]) Denn dann muß er sich die Vorschrift des § 254 B. G. B. entgegenhalten lassen. Umgekehrt wird der beklagte Schuldner

1) Kohler, Lehrb. S. 127.
2) A. M. Kunze S. 126.
3) wie v. Tuhr, Grünhut S. 543, meint.

nicht Verschulden des Gläubigers bestreiten und alleiniges eigenes Verschulden behaupten. [1]) Denn damit bestreitet er ja jeglichen eigenen Schaden des Gläubigers, sodaß ohnehin der Schaden des Dritten in Ansatz gebracht wird. Vielmehr legt der Gläubiger ohne weiteres den Schaden des Dritten dar, und der Schuldner muß zunächst für diesen einstehen. Ist er ungewöhnlich hoch, dann erst kann sich der Schuldner auf das Unterlassen des Hinweises berufen. Ob der Gläubiger dem Dritten wegen Verschuldens bei der Auswahl, Unterlassen des Hinweises oder aus anderen Gründen unmittelbar verantwortlich ist, spielt im Prozesse Gläubiger : Schuldner also keine Rolle. Das Haftungsverhältnis Gläubiger : Dritter ist nicht notwendig Gegenstand eines Vorprozesses zwischen diesen beiden. Es kann völlig ungeklärt bleiben; trotzdem haftet der Schuldner dem Gläubiger wegen des normalen Schadens des Dritten. Die Bedenken v. Tuhrs [2]) sind also nicht stichhaltig.

Um zu diesem Ergebnis zu kommen, braucht man eine Haftung des Gläubigers nicht dadurch herbeizuführen, daß man ihn für verpflichtet erklärt, folgendermaßen zu verfahren: Er soll die Leistung an sich bedingen, für den Fall der Nichtleistung aber vereinbaren, daß der Schuldner den hierdurch entstehenden vollen Schaden des Dritten ersetzen soll und daß der Drittte einen unmittelbaren Anspruch erwirbt. [3]) Eine „allgemeine Pflicht zum Abschluß eines solchen Schadensersatzvertrages" kann man unmöglich annehmen, auch nicht auf Grund des „alle Schuldverhältnisse beherrschenden Prinzips von Treu und Glauben." [4]) Diese Annahme wird den Bedürfnissen des Verkehrs in keiner Weise gerecht. Denn der Gläubiger denkt für gewöhnlich im Augenblick des Vertragsschlusses nicht an die Möglichkeit einer Nichterfüllung, wenigstens nicht, wenn er z. B. als Beauftragter in der Auswahl des Schuldners vorsichtig war. Das Gesetz hat nicht umsonst ausdrücklich eine Schadensersatzpflicht wegen Nichterfüllung durchweg für alle Rechtsverhältnisse bestimmt, weil im täglichen Leben die Parteien im voraus an diesen Schaden regelmäßig nicht denken und deshalb keine entspechende Vereinbarung treffen. Vor allem ist

1) wie ebenfalls v. Tuhr a. a. O. meint.
2) a. a. O.
3) Kluckhohn S. 434 ff.
4) Kluckhohn a. a. O.

die unnatürliche Theorie Kluckhohns überflüssig, da man mit der oben dargelegten auskommt. Ueberflüssiges ist aber zu meiden.

Bei dieser Regelung besteht möglicherweise die Gefahr, daß der Gläubiger den Schaden des Dritten einklagt und nicht an den Dritten abführt, wie das in einigen Gerichtsentscheidungen [1]) erörtert wird. Der Dritte etwa bekümmert sich nicht mehr um die Angelegenheit, nachdem der Gläubiger ihm mitgeteilt hat, daß der Schuldner vertragsbrüchig geworden ist. Er nimmt z. B. die Lieferung trotz Leistungsverzuges an, verlangt auch vom Gläubiger nicht Herausgabe des Schadensersatzes, von dessen Leistung er vielleicht keine Ahnung hat, oder den er garnicht haben will. Das wird zwar nicht oft vorkommen, weil der Dritte in der Regel nach §§ 281, 667, 681 Satz 2 B. G. B., 384 Abs. 2 Halbs. 2, 407 Abs. 2 H. G. B. einen Anspruch auf Herausgabe hat und ihn meistens geltend machen wird. Und selbst wenn er schenkweise dem Gläubiger gegenüber darauf verzichtet, liegt doch keine grundlose Bereicherung vor. [2]) Praktisch wird es meist so sein, daß der Gläubiger im Prozeß den Dritten als Zeugen für die Höhe des diesem entstandenen Schadens benennen muß, wenigstens wenn er überhaupt auf dessen besondere Verhältnisse eingeht. Auf diese Weise bekommt der Dritte immer Kenntnis von einem tatsächlich geleisteten Schadensersatz. Steht aber ausnahmsweise fest, daß die Schadensersatzleistung lediglich den Gläubiger ungerechtfertigt bereichern würde, dann hat natürlich der Gläubiger keinen Anspruch gegen den Schuldner. Denn die Ersatzleistung ist dazu da, den Schaden des Dritten wieder gut zu machen, nicht den Gläubiger zu bereichern. [3])

Es sind noch Einzelfragen zu erörtern. In der Literatur wird der Fall behandelt, daß der Gläubiger als gutgläubiger Eigenbesitzer eine Sache des Dritten bei dem Schuldner hinterlegt und dieser sie durch vertragliches Verschulden beschädigt. Daß dieser Tatbestand keine Forderung auf Ersatz fremden Interesses enthält, sondern den Eigentumsanspruch aus § 991 Abs. 2, ist schon gezeigt worden. Billigkeitserwägungen sind also überflüssig. [4]) Es wird aber behauptet, wenn

1) RG 58, 42; JW 1910, 1000 [5].
2) Enneccerus I 2 S. 56 Anm. 5.
3) Krückmann S. 247 ff; Staub Anm. 20a zu § 383 H. G. B.; Soergel, Vorbem. III vor §§ 249 ff; RG räte, Bem. 3 zu § 249.
4) A. M. Enneccerus I 2 S. 56 Anm. 5.

der Gläubiger den Schuldner verklage und sich erst im Prozeß herausstelle, daß der Dritte Eigentümer sei, dann könne der Gläubiger durch innerprozessuale Geschäftsführung eine Herausgabepflicht gegenüber dem Dritten übernehmen und ihr durch Aenderung des Klageantrages auf Herausgabe an den Dritten genügen. Das entspreche dem eigenen Vorbringen des Gläubigers. [1]) Daß der Schuldner, wenn ihm der wahre Sachverhalt bekannt wird, nicht mehr an den Gläubiger leisten darf, ist ja nach § 851 B. G. B. klar. Es geht aber doch nicht an, den veränderten Klageantrag ohne weiteres zuzulassen und vor allem dem Schuldner die Prozeßkosten aufzubürden. Denn es kann sein, daß der Schuldner gerade deswegen sich hat verklagen lassen, weil er vorher erfahren hat, daß die hinterlegte Sache dem Dritten gehört und er diesem haftet. Außerdem besteht die Gefahr, daß er inzwischen vom Dritten verklagt wird. Wenn sich herausstellt, daß der Dritte Eigentümer ist, so hat das keine Bedeutung, wenn der Gläubiger einen eigenen Schaden (Verwertung-, Gebrauchsinteresse) nachweisen kann. Zu dessen Ersatz wird der Schuldner allemal verurteilt. Aber möglicherweise hat der Schuldner von vornherein die Höhe des geltend gemachten Schadens bestritten. Jetzt ergibt sich, daß der Dritte den alleinigen Schaden als Eigentümer und der Gläubiger überhaupt keinen Schaden erlitten hat. Soll der Gläubiger nun kostenpflichtig zur Ersatzleistung an den Dritten verurteilt werden?

Es sind zwei Ansprüche des Gläubigers aus dem Rechtsgeschäft mit dem Schuldner scharf zu scheiden: Der eine auf Ersatz seines eigenen Schadens, der andere auf Ersatz des Drittinteresses. Im allgemeinen ist der Gläubiger zur Geltendmachung beider der richtige Kläger, gerade hier aber mit Rücksicht auf § 851 B. G. B. nicht. [2]) M. E. bleibt nur die Feststellung übrig, daß die Klage unbegründet ist, weil der Gläubiger keinen Schaden erlitten hat und daß sie deshalb abgewiesen werden muß. [3]) Es kommt eben nicht allein darauf an, daß überhaupt gegen den Schuldner ein Anspruch besteht, sondern auch darauf, daß er gerade dem Gläubiger als Kläger zusteht. [4])

1) Krückmann S. 290.
2) vgl. v. Tuhr, Kr. VJS. 43, S. 589.
3) ebenso Kluckhohn S. 419.
4) RG 100, 97 a. E.

Allerdings werden dadurch zwei Prozesse erforderlich. [1]) Man kann aber nicht berechtigte Grundsätze des Prozeßrechts nur deshalb übergehen, um einem unbegründet Klagenden die Prozeßkosten zu ersparen. Dann ist zu bedenken, daß man dem Eigentümer (D) nicht sein Klagerecht aus § 991 Abs. 2 B. G. B. vorwegnehmen darf. Es steht nichts im Wege, den Prozeß mit der geänderten Klage durchführen zu lassen, wenn der Dritte und vor allem der beklagte Schuldner (§ 264 Z. P. O.) einverstanden sind. Aber über den Kopf des Schuldners hinweg und auf seine Kosten einen Prozeß nach ganz veränderten sachlichen und rechtlichen Gesichtspunkten zu Ende führen zu lassen, ist durchaus nicht sachdienlich, also unzulässig.

Der erörterte Tatbestand wird als Beleg für die Behauptung angeführt, eine Kenntnis des Gläubigers von dem Drittinteresse sei zur Haftung des Schuldners nicht nötig. [2]) Daß gerade dieses Beispiel nichts beweist, ist schon gezeigt. Die Behauptung ist aber auch aus folgender Ueberlegung unzutreffend. Der Gläubiger führt (als Ersatzmann) in eigenem Namen den vom Dritten gewünschten Erfolg herbei. Er handelt dabei in dessen Interesse, erhebt Klage gegen den Schuldner, nimmt Verpflichtungen auf sich usw. Diese Last kann man ihm nur mit seinem Wissen und Willen aufbürden und zwar lediglich deshalb, weil andernfalls der Dritte gänzlich machtlos wäre. Die Grundsätze der mittelbaren Stellvertretung werden durchbrochen, indem der Gläubiger auf das Interesse des juristisch am Verhältnis Gläubiger — Schuldner unbeteiligten Dritten zurückgreift. Aber nur aus dem Grunde, um den gerade hier empfindlichen Mangel der eigenen Klagebefugnis des Dritten zu beseitigen, der bei der unmittelbaren Stellvertretung nicht vorhanden ist. Dieser Grundsatz darf nun nicht weiter ausgedehnt werden, als das Schutzbedürfnis dafür vorhanden ist. Dem Gläubiger kann nur dann die Last des Geschäftsmittlers auferlegt werden, wenn er sich bewußt ist, daß er den Dritten mit dem Schuldner in Verbindung bringt, also zunächst weiß, daß er selbst in Beziehung zum Dritten steht. [3]) Man muß m. a. W. verlangen, daß die Stellung des Gläubigers als Ersatzmann durch seine eigene Willenserklärung be-

1) Krückmann S. 292.
2) Enneccerus Anm. 5 a. a. O.
3) Kluckhohn S. 411—12.

gründet wird, nicht durch irgendwelche von seinem Geschäftswillen unabhängige Umstände (Hinterlegung einer fremden Sache). Entscheidend ist, daß der Dritte in allen Fällen, in denen der Gläubiger von seiner Beteiligung nichts weiß, stets einen eigenen Anspruch zur Hand hat. Ich kann mir wenigstens keinen Fall denken, in dem der Dritte keinen solchen Anspruch hat. Praktisch wird es sich wohl überhaupt nur um das Verleihen, Hinterlegen usw. einer fremden Sache handeln. Dann besteht eben kein Schutzbedürfnis, weil der Dritte sein volles Interesse nach § 991 Abs. 2 B. G. B. unmittelbar verlangen kann. Ja, der Gläubiger hat nicht einmal neben dem Dritten einen Anspruch auf Ersatz des fremden Interesses, wie im Hinblick auf § 851 B. G. B. schon dargelegt ist. Es besteht also kein Grund, die Schadensliquidation aus fremdem Interesse da zuzulassen, wo sie ebensogut in eigenem Interesse möglich ist.

Aus den angestellten Erörterungen ergibt sich ein weiteres. Der Gläubiger ist nur dann zur Geltendmachung des fremden Schadens befugt, wenn ihn eine Herausgabepflicht gegenüber dem Dritten trifft. Denn einmal darf er nicht durch die Ersatzleistung bereichert werden. Zweitens soll umgekehrt der Dritte nicht da zu einem „Schadens"ersatz kommen, wo es nicht berechtigt erscheint. D. h. der Umstand, daß der Gläubiger als Ersatzmann zwischen Drittem und Schuldner steht, darf nicht dazu führen, daß der Dritte Schadensersatz erhält, auf den er ohne diesen Umstand keinen Anspruch hätte. Die dem Gläubiger gegenüber dem Dritten obliegende Herausgabepflicht soll also nicht daran scheitern, daß der Gläubiger mangels eigenen Schadens nichts herauszugeben hat. Eine Herausgabepflicht muß aber bestehen. Es sind nur alle die Fälle zu berücksichtigen, in denen von vornherein die Leistung des Schuldners durch den Mittler (G), ohne daß dieser das geringste Interesse an ihr hat, an den Dritten gelangen soll. Diese Herausgabepflicht des Gläubigers muß also in dem Augenblick vorhanden sein, wo er mit dem Schuldner in Verbindung tritt. Das kann auch durch Geschäftsführung ohne Auftrag geschehen. Denn die Herausgabepflicht des Gläubigers entsteht dadurch, daß er für den Dritten das Geschäft besorgt, in diesem Falle mit dem Schuldner das Rechtsgeschäft abschließt. Die Entstehung der Beziehung Gläubiger — Dritter und Gläubiger — Schuldner fällt also auf

denselben Zeitpunkt. [1]) Von diesem Standpunkt aus sind folgende Tatbestände zu entscheiden: D verleiht ein Buch an G mit der Erlaubnis zum Weiterverleihen. G verleiht an S und vereinbart Haftung für Zufall. Durch Zufall wird das Buch vernichtet. Die Bedingung der Zufallshaftung ist ein Rechtsgeschäft, das G für D in dessen Interesse besorgt. Auftrag dazu hatte er nicht. Er ist also von vornherein nach §§ 681 Satz 2, 667 B. G. B. zur Herausgabe des Erlangten, d. h. hier zur Abtretung des Ersatzanspruchs verpflichtet. [2]) Das gleiche gilt für folgenden Fall: D verreist und hinterlegt seine Wertpapiere zur unentgeltlichen Verwahrung bei G. G erkrankt und muß in die Klinik. Er gibt deshalb dem S die Papiere zur entgeltlichen Verwahrung. [3]) Vernichtet S fahrlässig (§ 276 Abs. 1 B. G. B.) die Papiere, so kann D mit dem abgetretenen Anspruch von ihm sein volles Interesse verlangen.

Weiter: G läßt als Mieter eine Wohnung durch S ausbessern. Durch Leistungsverzug (es handelt sich z. B. um eine schadhafte Wasserleitung) entsteht großer Schaden an der Wohnung. Hier soll S ohne weiteres dem G für den Schaden des Hauseigentümers D haften. [4]) In dieser allgemeinen Fassung kann aber der Fall überhaupt nicht entschieden werden. Entweder ist G zur Vornahme der Ausbesserung verpflichtet (Notmietrecht), dann ist S Erfüllungsgehilfe. G haftet also selbst dem D (§ 278 B. G. B.) und kann dieses Haftungsinteresse gegenüber S geltend machen. Ist G nicht zur Ausbesserung verpflichtet, dann haftet er möglicherweise wegen unterlassener Anzeige (§ 545 B. G. B.). Nur wenn dies alles nicht zutrifft, ist die Lösung auf dem Wege der Herausgabepflicht infolge Geschäftsführung ohne Auftrag zu suchen. [5]) Nicht hierher gehört deshalb folgender Tatbestand: G bestellt bei S eine Sache, um sie seinem Freunde D zum Geburtstag zu schenken. [6]) Der durch schuldhafte Nichterfüllung des S entstandene Ersatzanspruch des G geht auf sein eigenes Interesse, das dem Sachwert gleich ist. Das Interesse des D steht überhaupt

1) Kluckhohn S. 411 Anm. 4 und Text.
2) Ebenso Krückmann S. 284 ff.
3) Endemann, Vortrag S. 48.
4) Hellwig, Verträge S. 90, Anm. 180 und Text.
5) Kluckhohn S. 420—21.
6) Regelsberger S. 272.

nicht in Rede, weil er keinen von vornherein begründeten Herausgabeanspruch hat. Dadurch wird dem Verkehrsbedürfnis und der Billigkeit auch kein Abbruch getan, weil kein berechtigtes Interesse des D vorliegt. [1])

Aus denselben Gründen ist die Geltendmachung fremden Schadens in folgenden Fällen nicht möglich: Der alte Mieter S gerät mit der Räumung in Verzug, sodaß der neue Mieter D nicht einziehen kann. [2]) Praktisch wird der Vermieter G sich und dem D mit einer einstweiligen Verfügung (§ 940 Z. P. O.) zur Durchführung der Räumung helfen können. Im übrigen hat zwar D einen Herausgabeanspruch nach Analogie von § 281 Abs. 1 B. G. B. wegen des dem G nach § 557 zu leistenden Ersatzes. Aber dieser Herausgabeanspruch und überhaupt das ganze Rechtsverhältnis Gläubiger — Dritter ist erst zeitlich nach dem Verhältnis Gläubiger — Schuldner entstanden. Die Herausgabepflicht ist also kein „Durchgangsposten", weil sie nicht von Anfang an bestanden hat. [3]) Weiter: S verkauft unter arglistigem Verschweigen eines Mangels eine Sache an G, dieser verkauft sie gutgläubig an D weiter, der den Mangel entdeckt. Oder G schließt jegliche Gewährleistungsansprüche durch Vereinbarung mit D aus. Beide Male besteht keine Herausgabepflicht des G, geschweige daß sie bei Abschluß des Kaufvertrages mit D schon vorhanden gewesen wäre. Im ersten Fall kann D wandeln oder mindern, mehr aber nicht. Den größeren Schaden, den er etwa durch Weiterverkauf an einen Vierten erleidet, kann er nicht ersetzt verlangen. Das erscheint auch nicht unbillig. Zwar verdient S sicher keinen Schutz. Aber für D muß es gleichgültig sein, wie G die Sache bekommen hat. Die Tatsache, daß G sie unter arglistigem Verschweigen des S erhalten hat, darf D nicht einen Vorteil bringen, den er sonst nicht haben würde. Der gute Glaube des G unterbricht den Kausalzusammenhang. Ähnlich ist es im zweiten Falle. Hier muß doch G von seiner Vereinbarung Vorteile haben. Man darf sie ihm nicht dadurch nehmen, daß man verlangt, er müsse den Schaden des D geltend machen. Man kann das Beispiel auch so bilden, das S arglistig an G verkauft, dieser gutgläubig an

1) Krückmann S. 251 ff; Kluckhohn S. 415.
2) s. S. 23 oben.
3) Krückmann S. 284.

D, D nach vier Monaten an K, K nach drei Monaten an K_1, der den Mangel entdeckt. Der Rückgriff D — G ist verjährt, G — S aber noch nicht (§§ 477 Abs. 1, 195 B. G. B.). G kann also wandeln, mindern oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. In seinem Vermögen ist die kurz verjährbare Verpflichtung dem 30 Jahre dauernden Anspruch gegenübergetreten, es besteht also ein Plus. Diese günstige Stellung darf man ihm nicht verderben, indem man von ihm die Geltendmachung des Drittinteresses verlangt. Andererseits sind die Ansprüche des D verjährt, er kann sich also infolge der Arglist des S keinen Vorteil verschaffen. Die Gewährleistung hat letzten Endes er allein zu tragen. Das ist nichts Besonderes. Denn umgekehrt kann dasselbe bei G eintreten: S verkauft gutgläubig an G, dieser nach 4 Monaten an D und D nach 3 Monaten an K, der den Mangel aufdeckt. G hat unweigerlich letzten Endes den Schaden. Man darf nur nicht der Zwangsvorstellung verfallen, als ob bei jeder Schadensliquidation nur drei Personen vorhanden seien, S. G. und D [1]) Gerade wenn noch Nachmänner des D vorhanden sind, zeigt sich deutlich, daß eine Beschränkung auf die entwickelten Grundsätze unbedingt erforderlich ist.

Schließlich sei noch einmal kurz der Fall gestreift, daß ein Reisender Sachen seines Prinzipals bei einem Gastwirt einbringt. Daß § 701 Abs. 1 Satz 1 B. G. B. von dem Schaden spricht, den der „Gast" erleidet, soll offenbar nicht die Möglichkeit ausschließen, daß der Gast den Schaden des Eigentümers verlangt. An diese Möglichkeit ist wohl garnicht gedacht. In der Regel wird unsere Frage aus dem Grunde nicht auftauchen, weil der Gast nach § 1006 Abs. 1 Satz 1 B. G. B. dem Wirt gegenüber als Eigentümer auftreten kann. Den Sachwert kann er demgemäß voll beanspruchen, auch bei Wertpapieren usw. unter den Voraussetzungen des § 702. Ist aber dem Prinzipal ein weit über den Sachwert gehender Schaden entstanden, so muß man mit § 281 Abs. 1 B. G. B. helfen. Aus dem zu Grunde liegenden Rechtsverhältnis (Auftrag, Dienstvertrag) ist der Reisende verpflichtet, die Sachen nach Beendigung der Geschäftsreise herauszugeben. Die Herausgabepflicht ist also durch die Rückkehr des Reisenden bedingt,

1) Hierzu Hellwig, Verträge S. 88; Krückmann S. 282.

aber schon vorhanden in dem Augenblick, wo er die Sachen einbringt. Der Anspruch des Geschäftsherrn aus § 281 soll nun nicht dadurch illusorisch werden, daß der Wirt sich auf mangelnden eigenen Schaden des Reisenden beruft. Der Geschäftsherr kann unmöglich alle Kunden selbst besuchen und infolgedessen selbst seine Sachen einbringen. Ebensowenig wie der Kommittent alle Geschäfte selbst erledigen kann. Sein Verlangen nach Schadensersatz ist also durchaus berechtigt. Nur ist bei besonders hohem Schaden, hauptsächlich also, wenn es sich um Geld, Wertpapiere und Kostbarkeiten handelt, an § 702 B. G. B. zu denken. Es genügt demnach zur Herbeiführung der strengen Haftung nicht, wenn der Reisende auf die Gefahr des ungewöhnlich hohen Schadens, insbesondere auf die Eigenschaft der Sachen, hinweist. Denn dann ist die Haftungsgrenze 1000.— M. Er muß außerdem die Sachen dem Wirt zur Aufbewahrung übergeben, es sei denn, daß dieser die Aufbewahrung ablehnt oder den Schaden selbst oder durch seine Leute schuldhaft verursacht. Insofern enthält § 702 eine Sondervorschrift gegenüber § 254 Abs. 2. Läßt der Reisende diese Erfordernisse außer Acht, so haftet er selbst für den Mehrschaden. Der Geschäftsherr ist deshalb voll gedeckt, falls nicht etwa der Reisende zahlungsunfähig ist.

6. Wer kann die Schadensersatzforderung geltend machen?

a) Der Gläubiger?

In allen besprochenen Fällen entsteht die Frage, wer den Anspruch wegen des Drittinteresses verwirklichen soll. Grundsatz muß sein, daß der Gläubiger immer dazu befugt erscheint. Er stellt ja die Beziehung zum Schuldner her, nimmt die Interessen des Dritten wahr, steht als Geschäftsmittler zwischen beiden, kurz, er ist der Gläubiger des betreffenden Rechtsverhältnisses. Eben weil er dem Schuldner in eigenem Namen gegenübertritt, liegen alle Rechte und Pflichten in seiner Hand. Nur ist zu untersuchen, an wen er die Ersatzleistung zu fordern hat.

α) Kann er Leistung an sich verlangen?

Zunächst spricht manches dafür, daß der Gläubiger Leistung an sich verlangen kann. Einmal geht ja auch die ursprüngliche Leistung an ihn. Er hätte sich also der Mühe unterziehen müssen, sie an den

Dritten weiterzuleiten. Der Schuldner würde zudem bei Ersatzleistung an den vielleicht entfernt wohnenden Dritten sehr beschwert. Tatsächlich wird man hier § 270 Abs. 3 B. G. B. entsprechend anwenden müssen, wie noch zu zeigen ist. Vor allem würde der Gläubiger bei Vertragserfüllung durch den Schuldner möglicherweise ein Verwertungsrecht an der Leistung dem Dritten gegenüber haben (vgl. §§ 397, 410 H. G. B.). Das darf ihm auf keinen Fall verkümmert werden. Aber er hat ja, wie schon dargelegt, noch mehr, nämlich einen Anspruch gegen den Schuldner auf Ersatz dieses Verwertungsinteresses an sich. In dessen Höhe kommt also eine Leistung an den Dritten garnicht in Betracht. Nur soweit der zu leistende Ersatz diesen eigenen Schaden des Gläubigers übersteigt, ist an Leistung unmittelbar an den Dritten zu denken. Und insoweit ist dann der Gläubiger ja nicht geschädigt. Gegen den Anspruch des Dritten auf Herausgabe des Ersatzes für den Gläubigerschaden kann der Gläubiger mit seinen Gegenansprüchen nun aufrechnen. Ferner spricht § 281 B. G. B. zunächst für Leistung an den Gläubiger. Aber auch hier handelt es sich stets um eigenen Schaden des Gläubigers, dem damit ebenfalls die Möglichkeit der Aufrechnung oder Zurückbehaltung gegenüber dem Herausgabeanspruch des Dritten gegeben ist.

3) Oder an den Dritten?

Für die andere Ansicht spricht vor allem die Ueberlegung, daß ein Schaden so ersetzt werden muß, daß der frühere Zustand wiederhergestellt wird (§ 249 Satz 1 B. G. B.). Uebertragen wir diesen Grundsatz der Naturalherstellung auf unsere Frage, so ergibt sich, daß der Schaden auch dort, wo er angerichtet, wieder gutzumachen ist. [1]) Außerdem wäre andernfalls eine zweimalige Zahlung erforderlich: des Schuldners an den Gläubiger und des Gläubigers an den Dritten. Auch das B. G. B. umgeht in 2 Fällen diese unnötige Doppelleistung, nämlich in §§ 869 Satz 2 und 986 Abs. 1 S. 2. [2]) Um diesen Umweg zu vermeiden, entscheidet man sich zweckmäßig für Leistung an den Dritten mit der Maßgabe, daß ihm gleichzeitig die etwaigen Kosten und die Gefahr unter der Voraussetzung des § 270 Abs. 3 B. G. B. aufgebürdet werden. Denn wenn man dem Dritten möglichst

1) v. Tuhr, Grünhut S. 567, Kr. BJS. 43, 586.
2) Prot. III S. 335; Kunze S. 59.

alles zubilligt, was er bei ordnungsmäßiger Erfüllung gehabt hätte, so ist diese Regelung zugleich die Grenze für die Pflichten des Schuldners. Bei normaler Abwicklung des Geschäfts hätte aber der Schuldner nur an den Gläubiger leisten müssen. Beschwert indes die Ersatzleistung an den Dritten den Schuldner in keiner Weise, so darf er auch nicht den Schutz des § 270 Abs. 3 genießen. Die unmittelbare Leistung an den Dritten wird also mit den gemachten Einschränkungen allen Beteiligten gerecht. [1]) Zweckmäßig ist sie vor allem dann, wenn eine Pfändung gegen den Gläubiger ausgebracht oder der Konkurs über sein Vermögen eröffnet wird, überhaupt, wenn die Gefahr besteht, daß die Leistung nicht an den Dritten gelangt. Ginge der Anspruch auf Leistung an den Gläubiger, so ist es mindestens zweifelhaft, ob er nicht zu seinem Vermögen bzw. zur Masse gehört. Ist der Gläubiger Kommissionär, so hilft allerdings § 392 Abs. 2 H. G. B. Aber die herrschende Meinung in Theorie und Praxis [2]) lehnt eine Ausdehnung der Vorschrift ab, weil hier offenbar das Bedenken der II. Kommission [3]) zutreffe, daß andernfalls die Gläubiger sich nicht darauf verlassen könnten, daß Vermögenswerte, die äußerlich ihrem Schuldner (G) zu gehören schienen, auch rechtlich so behandelt würden. Infolgedessen sei der Kredit gefährdet. Es scheint mir zwar sicher zu sein, daß die Forderung auf Ersatz des Drittinteresses, wenn sie auf Leistung an den Gläubiger ginge, nicht zu dessen Vermögen gehört. Denn sie steht ihm doch nur formal zu, als Treuhänder des Dritten. Wirtschaftlich ist der Dritte Gläubiger, ähnlich wie bei der Inkassozession und beim Inkassoindossament. Man müßte also wenigstens im Konkurs Aussonderung zu Gunsten des Dritten zulassen. [4]) Diese Bedenken werden aber dadurch beseitigt, daß man sich für die Forderung auf Ersatzleistung an den Dritten entscheidet. Dann unterliegt es keinem Zweifel, daß der Anspruch nicht zum Vermögen des Gläubigers gehört. Auch das Bedenken der II. Kommission trifft hier nicht zu, weil die Gläubiger sofort sehen, daß diese Forderung mit dem Vermögen ihres Schuldners (G) nichts zu schaffen hat. Eine Ausdehnung des § 392 Abs. 2 H.

1) A. M. Regelsberger S. 280; Hellwig, Verträge S. 91 Anm. 184.
2) gegen Krückmann S. 305 ff.
3) Prot. II S. 364.
4) Ebenso Wolff, Bem. 3 zu § 43; a. M. RG 40, 86; abweichend RG 72, 197.

G. B. ist also zu befürworten. [1]) Die Ersatzleistung an den Dritten erscheint vielleicht als ausgefallene Konstruktion, wenn die ursprüngliche Leistung an den Gläubiger vereinbart war. Aber da wir in unserer Frage nun einmal mit der ergänzenden Rechtsfindung arbeiten müssen, können wir auch hier eine Regelung aus reinen Zweckmäßigkeitsgründen treffen. Daß übrigens auch das B. G. B. eine Forderung auf Leistung an einen Dritten kennt, die ursprünglich nicht vereinbart war, zeigen die §§ 525 Abs. 2, 869 S. 2, 986 Abs. 1, S. 2, 2194 S. 2.

b) Der Dritte?

α) Nur nach Abtretung?

Von der Stellung des Dritten aus gesehen fragt es sich, ob diesem nur ein vom Gläubiger abgeleiteter oder ein unmittelbarer Ersatzanspruch aus eigenem Recht zusteht.

Da der Gläubiger allemal einen Anspruch gegen den Schuldner hat, kann er ihn auch stets an den Dritten abtreten. Dann kann der Dritte Ersatzleistung an sich verlangen. Der Anspruch wird dadurch seinem Inhalt nach nicht geändert, weil er von vornherein auf Leistung an den Dritten ging. Es tritt lediglich ein Wechsel des Gläubigers ein. Gewöhnlich wird der Gläubiger die Forderung aus dem Rechtsgeschäft mit dem Schuldner, wenn er sie nicht überhaupt selbst verwirklicht, erst dann an den Dritten abtreten, wenn sie sich in eine Ersatzforderung verwandelt hat. Tritt er sie aber vor Vertragsbruch des Schuldners ab, dann wird der Dritte an seiner Stelle Gläubiger (§ 398 B. G. B.). Verletzt der Schuldner jetzt seine Vertragspflichten, dann wird er unmittelbar dem Dritten, seinem neuen Gläubiger, ersatzpflichtig. Der Schadensersatz richtet sich daher ganz nach dessen Interesse. Unsere Frage taucht hier garnicht auf. Man braucht auch nicht als Bedingung aufzustellen, daß der Schuldner vor der schädigenden Handlung von der Abtretung Kenntnis erlangt hat. Das mag für alle übrigen Fälle der Abtretung notwendig sein, um die Haftung des Schuldners für den vollen Schaden des neuen Gläubigers zu begründen. [2]) In unseren Fällen haftet der Schuldner ohne weiteres für das normale Drittinteresse, weil kein anderes da

1) Ebenso Kunze S. 61, 67.
2) H. A. Fischer S. 78.

ist. Ist jedoch der Schaden des Dritten ungewöhnlich groß, dann haftet er nach unserer Darstellung für diesen nur, wenn er die Beteiligung des Dritten schon bei Abschluß des Rechtsgeschäfts kennen mußte. Die besonderen Regeln über Abtretung ändern also das Bild nicht.

β) Oder aus eigenem Recht?

Die zweite Ansicht wird vertreten mit der Begründung, daß die objektive Interessenlage es so erfordere. [1]) Daß dies mit Rücksicht auf den Gläubiger, namentlich wegen dessen Verwertungsinteresse nicht zutrifft, ist schon gezeigt. Es könnte nun vorkommen, daß der Gläubiger von seiner Forderung auf Ersatzleistung an den Dritten keinen Gebrauch macht. Entweder er macht die Forderung böswillig nicht geltend oder tritt sie nicht an den Dritten ab, weil er etwa verreist ist und nicht mehr daran gedacht hat. Inzwischen droht eine Verjährungsfrist abzulaufen, z. B. § 477 Abs. 1 B. G. B. Dieses Beispiel spricht für einen unmittelbaren Anspruch des Dritten nach dem Vorbild der actio utilis, weil der Dritte „aliter rem suam servare non potest." [2]) Dagegen spricht, wenigstens bei Kommissionsgeschäft, § 392 Abs. 1 H. G. B. Im übrigen ist die Lösung auf dem Wege des § 89 Z. P. O. zu suchen. Der Dritte kann demnach als Geschäftsführer ohne Auftrag des Gläubigers auftreten, handelt also als Geschäftsführer seines Geschäftsführers. Durch Unterbrechung der Verjährung (§ 209 Abs. 1 B. G. B.) ist zunächst Zeit gewonnen. Kann der Dritte auch innerhalb der Frist die Genehmigung nicht beibringen, und wird er infolgedessen abgewiesen, so gilt allerdings die Unterbrechung als nicht eingetreten, weil die Abweisung aus prozessualen Gründen erfolgt ist (§ 212 Abs. 1 B. G. B.). Aber auch hier hilft wieder § 212 Abs. 2 B. G. B., die Verjährung bleibt nach wie vor unterbrochen. Vor dem Ablauf der weiteren Frist von 6 Monaten wird der Dritte ein Urteil gegen den Gläubiger auf Abtretung des Ersatzanspruchs (§ 894 Abs. 1 Z. P. O.) in Händen haben und von neuem als Zessionar klagen könen. Der Zulassung eines unmittelbaren Anspruchs bedarf es also nicht. [3])

1) Endemann, Vortrag S. 47, 49.
2) v. Tuhr, Grünhut S. 580 ff.
3) RG 62, 331; Soergel, Bem. 3 zu § 701; vgl. RG räte, Bem. 3 zu § 701; a. M. v. Tuhr, Grünhut S. 574 ff.

II. Interessenvertretung bei deliktischem Verhältnis Schuldner — Gläubiger.

Zum Schluß werde ich kurz untersuchen, welche Ergebnisse sich aus unserer Frage gewinnen lassen, wenn der Schuldner nicht durch Rechtsgeschäft, sondern lediglich kraft Gesetzes zum Gläubiger in Beziehungen tritt. In Betracht kommt vorwiegend eine unerlaubte Handlung des Schuldners. Die Umstände können hier ganz ähnlich sein wie bei einem Rechtsgeschäft Gläubiger — Schuldner. Z. B. die auf dem Transport zum Dritten befindliche Sache des Gläubigers wird statt vom Frachtführer von einem anderen schuldhaft zerstört, der in keinem Rechtverhältnis zum Gläubiger steht. Auch hier hat der Gläubiger ausschließlich einen Anspruch, er ist zu dessen Abtretung verpflichtet; der Dritte hat einen oft über den Sachwert hinausgehenden Schaden. Eine Ausdehnung auf unerlaubte Handlungen des Schuldners wird deshalb vielfach befürwortet. [1]) Indessen stellt die Schadenshandlung des Schuldners eine Forderungsverletzung gegenüber dem Dritten dar und zwar eine mittelbare auf dem Umweg über die Leistungsbefreiung des Gläubigers infolge Unmöglichkeit (§§ 275, 323 B. G. B.). Diese Forderungsverletzung löst keinen besonderen Ersatzanspruch gegen den Schuldner aus, wenigstens nicht nach § 823 Abs. 1 B. G. B. Das ist Literatur und Praxis ein erledigter Streit, braucht daher nicht begründet zu werden. Die Zerstörung der geschuldeten Sache des Gläubigers wirkt befreiend, wie jede andere nicht zu vertretende Unmöglichkeit. Nur seinen Ersatzanspruch, der meistens dem Sachwert gleichkommt, hat er auf Verlangen abzutreten (§ 281 Abs. 1. B. G. B.) Eine weitergehende Schadensersatzforderung muß deshalb außer Betracht bleiben.

Ob ein Schutz des Dritten mit anderen Vorschriften möglich ist, kann zweifelhaft sein. Jedenfalls nicht mit § 826 B. G. B., da der Schuldner regelmäßig nicht gegen die guten Sitten verstößt und sich wohl nie bewußt ist, daß er gerade dem Dritten Schaden zufügt. Bleibt nur § 823 Abs. 2 B. G. B. übrig. Fahrlässige Sachbeschädigung scheidet mit Rücksicht auf § 303 St. G. B., der Vorsatz verlangt, von vornherein aus. Es fragt sich also, wie es mit vorsätzlicher Sachbeschädigung steht. Es wird behauptet, bei den An-

1) H. A. Fischer S. 81; O. C. Fischer S. 143 ff; Burkhardt S. 36—37.

tragsdelikten seien diejenigen Personen, deren Schutz vom Strafgesetz, hier also von § 303 St. G. B., bezweckt werde, identisch mit denen, die zur Stellung eines Strafantrags berechtigt seien. Antragsberechtigt sei aber nicht nur der Eigentümer, sondern z. B. auch der gefahrtragende Käufer. [1]) Ob die letzte Behauptung stimmt, ist zunächst streitig. Antragsberechtigt ist nur der unmittelbar Verletzte, d. h. der unmittelbare Träger des Rechtsguts, gegen das sich das Delikt richtet. Das ergibt sich durch Umkehrschluß aus einzelnen Vorschriften, die den mittelbar Verletzten besonders als antragsberechtigt bezeichnen, z. B. § 195 St.G.B. [2]) Gewalthaber einer Sache, gegen deren Substanz sich die Straftat richtet, ist der Eigentümer, allenfalls der Besitzer. Gerade den nur forderungsberechtigten Käufer kann man aber m. E. nicht als Gewalthaber der Sache (im Sinne von Sachsubstanz) ansehen, da er in keiner Weise auf sie einwirken kann. Lediglich sein Forderungsrecht ist auf dem Wege über Unmöglichkeit der Leistung — also mittelbar — verletzt. Selbst wenn man aus strafprozeßualen Zweckmäßigkeitsgründen den Antrag des Dritten zuläßt, [3]) so ist damit noch nicht die materiellrechtliche Frage gelöst, ob § 303 St. G. B. den Schutz des Dritten bezweckt. Es ist nicht anzunehmen, daß die Strafbarkeit der Sachbeschädigung einem Forderungsberechtigten zuliebe gesetzlich festgelegt wurde. § 303 will offenbar nur das Eigentum schützen, weil lediglich die Beschädigung fremder Sachen strafbar ist. [4]) In Schwierigkeiten kommen wir auch gleich, wenn der Schuldner die Sache nicht durch einfache Sachbeschädigung, sondern z. B. durch Brandstiftung vernichtet hat. Dann verstößt der Schuldner nur dann gegen das Schutzgesetz, wenn Idealkonkurrenz mit Brandstiftung möglich ist. Und diese Möglichkeit ist für alle Tatbestände der Brandstiftung bestritten. Daß endlich bei fahrlässiger Sachbeschädigung oder Brandstiftung der Schuldner stets dem Dritten gegenüber haftfrei ausgeht, während sonst bei fast allen unerlaubten Handlungen Fahrlässigkeit genügt, ist ein unhaltbares Ergebnis. Wenn beispielsweise G sein Grundstück an D verkauft und übergeben, aber noch

1) Kluckhohn S. 429 ff.
2) Frank, Bem. III zu § 61 St. G. B.
3) Frank, Bem. V zu § 303; RGSt 1, 306; 4, 326; 8, 399.
4) ebenso Olshausen, Bem. 13 zu § 303.

nicht aufgelassen hat, würde S, der es in Brand steckt, danach dem D nur bei Vorsatz haften. [1]) Jedenfalls würde der lediglich in seiner Forderung verletzte Dritte auf diese Weise einen unmittelbaren Anspruch auf Ersatz seines Schadens gegen den Schuldner bekommen, den man ihm nach § 823 Abs. 1 B. G. B. aus wohlerwogenen Gründen versagen muß. Man kann nicht [2]) allgemein den Satz aufstellen, daß ein Forderungsrecht „eine Rechtslage schafft, die Sicherung gegen den schädigenden Einfluß Dritter erheischt." Ein Schuldverhältnis wird niemals „nach der wahren Interessenlage derart objektiviert", daß jeder Außenstehende sich durch seine Verletzung schadensersatzpflichtig macht. Die Geltendmachung eines fremden Schadens ist demnach nur zuzulassen bei rechtsgeschäftlicher Beziehung zwischen Gläubiger und Schuldner. [3])

---

1) vgl. H. A. Fischer S. 81; Kluckhohn S. 431, Anm. 31.
2) gegen Endemann, Vortrag S. 50.
3) zustimmend Kluckhohn S. 418/19.

Lebenslauf.

Geboren bin ich am 29. Mai 1903 als Sohn des Reichsbahnoberinspektors Karl Rust und seiner Ehefrau, Ottilie geb. Rauch. Von 1909–1913 besuchte ich die Volksschule, anschließend bis 1922 das Städtische Gymnasium in Dortmund. Nach bestandener Reifeprüfung studierte ich Rechtswissenschaft, und zwar in Marburg (S.–S. 1922), München (W.–S. 1922/23 und S.–S. 1923), Berlin (W.–S. 1923/24) und Münster (S.–S. 1924 und W.–S. 1924/25). Am 7. und 9. Dezember 1925 bestand ich am Oberlandesgericht in Hamm die erste juristische (Referendar-) Prüfung. Dann hörte ich noch im Wintersemester 1925/26 als Gasthörer Vorlesungen an der Universität Marburg. Seit dem 1. März 1926 bin ich als Gerichtsreferendar im Vorbereitungsdienst beschäftigt.